

# NACIMIENTO Y MUERTE DEL ABUSO DE PROCESOS LEGALES ANTICOMPETITIVOS EN EL PERÚ: ANÁLISIS DEL CASO APOFER *VERSUS* FETRANS, PERURAIL Y OTROS

Andrés Calderón López\* y Humberto Ortiz Ruiz\*\*

*El “abuso de procesos legales” fue una de las principales novedades de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Sin embargo, la jurisprudencia reciente de la Sala de Defensa de la Competencia 1 del Tribunal de Indecopi ha limitado su aplicación de manera tal que la figura ha quedado prácticamente vaciada de contenido. El presente artículo desarrolla los incentivos económicos de la llamada “litigación predatoria”, sus orígenes y los objetivos de su represión, aspectos que no fueron debidamente valorados por la instancia máxima del Indecopi.*

## 1 Introducción al abuso de procesos legales

Timothy Muris, exjefe de tal vez la principal agencia de competencia del mundo, la Federal Trade Commission (FTC) de Estados Unidos, sostuvo con acierto hace algún tiempo que “en la medida en que un sistema de competencia logre éxito atacando restricciones privadas, se incrementan los esfuerzos que las empresas destinarán para obtener restricciones públicas”<sup>1</sup>.

---

*Revista de Economía y Derecho*, vol. 10, nro. 38 (otoño de 2013). Copyright © Sociedad de Economía y Derecho UPC. Todos los derechos reservados.

\* Abogado. Candidato a la Maestría en Derecho por la Universidad de Yale. Becario de la Comisión Fulbright. Profesor de Derecho de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

\*\* Economista. Magíster en Regulación de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista de la Oficina de Estudios Económicos del Osinermin.

Las empresas que buscan restringir la competencia, efectivamente, pueden tener incentivos para tratar de conseguir este objetivo a través del gobierno, que, voluntariamente o no, podría servir como un aliado para excluir la competencia de un determinado mercado.

En respuesta, en diversas partes del mundo se ha considerado a nivel legal o jurisprudencial que estas empresas podrían ser consideradas infractoras de las leyes de defensa de la competencia, mediante una figura denominada “abuso de procesos legales”. Esta figura se reconoce en la jurisprudencia peruana desde 1996 y expresamente en la legislación nacional desde 2008, y alcanza su momento cumbre en 2011 con el reciente caso resuelto por la Sala de Defensa de la Competencia I del Tribunal del Indecopi (SC1 o Sala), el caso denominado *Apofer*<sup>2</sup>.

En el presente artículo empezaremos por estudiar los incentivos y efectos económicos de la conducta de abuso de procesos legales, para luego revisar brevemente sus orígenes en Estados Unidos y en el Perú, lo que nos servirá para entender claramente sus contornos y los objetivos de la represión de esta práctica anticompetitiva. Finalmente, nos enfocaremos en el análisis de lo resuelto por la Sala en el mencionado caso *Apofer*, el caso que marca la hora más emblemática de la figura del abuso de procesos legales en el Perú y probablemente también la hora final.

## **1.1 ¿Por qué se abusa?: la economía del litigante predatorio**

El abuso de procesos legales es un tipo de práctica predatoria. En términos generales, las prácticas predatorias tienen por objetivo limitar la competencia. La afectación de la competencia se materializa en la salida, el desplazamiento de los competidores actuales (por ejemplo, reducción de la cuota de mercado) o en impedir la entrada de los competidores potenciales. Las estrategias predatorias son prácticas que buscan excluir a los competidores<sup>3</sup>.

Las prácticas predatorias se pueden clasificar en aquellas basadas en precios y las que utilizan otros mecanismos para afectar la competencia. La literatura económica se ha centrado en el estudio de la predación basada en precios y ha desarrollado una serie de modelos para evaluar la racionalidad de dicha práctica. La predación de precios usualmente genera beneficios para los consumidores en el corto plazo

y efectos negativos en el largo plazo<sup>4,5</sup>. Se requiere que la empresa predatora tenga la capacidad de sacar al competidor del mercado y pueda obtener un nivel alto de rentabilidad luego de ejecutar la práctica<sup>6</sup>. La predación de precios se puede sostener incluso si no existen altas barreras a la entrada en un contexto de información asimétrica. En este caso, el predador puede forjar la reputación de ser una empresa agresiva en precios lo que desincentiva la entrada de empresas al mercado<sup>7</sup>.

Las prácticas predatorias no basadas en precios tienen el mismo efecto que la predación de precios; sin embargo, su implementación es menos costosa. En efecto, este tipo de prácticas no requiere que el predador sacrifique beneficios en el corto plazo para obtener beneficios futuros. Es una práctica más segura y permite retrasar la entrada de los competidores incrementando las barreras a la entrada. La empresa predatora no requiere esperar un largo periodo para obtener beneficios ni tampoco enfrenta la incertidumbre presente en la predación de precios<sup>8</sup>. Al respecto, el preanuncio de productos, las estrategias de innovación, la inversión de capacidad, las restricciones verticales, la litigación predatoria, entre otras prácticas, no utilizan los precios para afectar la competencia<sup>9,10</sup>.

El abuso de procesos legales es un tipo de predación no basada en precios en la cual la empresa predatora realiza una serie de acciones legales (por ejemplo, peticiones ante entidades legislativas o administrativas, o demandas en sede judicial) con el objetivo de afectar la competencia<sup>11</sup>. De manera similar a las prácticas predatorias, el abuso de procesos legales puede incrementar los costos, inducir la salida, desincentivar la entrada o la expansión actual o futura de los competidores.

En términos económicos, la también llamada “litigación predatoria” se sustenta en los beneficios esperados por la afectación a la competencia. La empresa predatora entabla las acciones legales con la expectativa de obtener un colateral o un beneficio anticompetitivo<sup>12</sup>. Es decir, la empresa solo realizará las acciones legales si puede obtener una ganancia anticompetitiva. Como veremos más adelante, en el supuesto típico de la litigación predatoria este colateral es obtenido por los costos o desincentivos que genera el proceso en sí mismo, antes que por efecto de la decisión que tome la autoridad pública ante la cual se ha efectuado la petición. De no producirse este beneficio colateral, tampoco se llevarían a cabo las acciones legales, ya que el costo de las mismas podría superar los beneficios que se puedan

obtener (con la decisión de la autoridad) considerando la probabilidad de éxito.

Es decir, la empresa predatora no realiza las acciones legales con el objetivo de obtener un beneficio por el propio mérito de las mismas, sino que busca obtener un “colateral”. Así, por ejemplo, una empresa puede realizar una serie de acciones legales sin mucho valor (derivado de su propio mérito), gracias a que el beneficio de la afectación en los rivales es suficientemente elevado para que se garantice la rentabilidad de las acciones<sup>13</sup>. El incentivo del predator, para entablar las acciones legales, es pues la expectativa de desplazar a los competidores.

La empresa predatora tiene incentivos de realizar la litigación predatoria si enfrenta costos bajos y beneficios esperados altos. Los costos de entablar los procesos legales pueden ser bajos comparados con el nivel de inversión que tendría que asumir la empresa predatora para competir por eficiencias, y los beneficios esperados de excluir a los rivales. Este efecto se refuerza si hay una relación inversa entre la cuota de mercado de la empresa predatora y la ratio del costo del litigio y el nivel de ventas<sup>14</sup>. En este último caso, mientras mayor participación de mercado tenga la empresa predatora mayor será el beneficio neto que percibirá por afectar la competencia, ya que el costo del litigio por unidad vendida será menor. También es más probable que ocurra la litigación predatoria si la empresa predatora ostenta una posición dominante, la empresa afectada es un competidor o un potencial entrante y la acción legal evita o retrasa la entrada o expansión del competidor<sup>15</sup>.

La litigación predatoria puede tener una serie de efectos sobre el mercado<sup>16</sup>. Los competidores incurren en una serie de costos para responder a las demandas, lo que afecta sus beneficios hasta el punto que pueden salir del mercado o dejar de ingresar a él. La empresa predatora afecta a sus rivales desplazándolos del mercado o desincentivando la entrada de potenciales competidores; en suma, afectando los beneficios de los competidores<sup>17</sup>. Asimismo, la incertidumbre que puede generar determinado tipo de acciones es un costo en sí mismo que debe ser ponderado en este tipo de prácticas.

La litigación predatoria afecta a los consumidores debido a que, como toda práctica predatoria, el resultado final se pondrá de manifiesto con un aumento de precios de los productos y servicios, menor diversidad y menor nivel de calidad de los mismos.

La litigación predatoria puede generar un daño a la sociedad cuya magnitud es relevante de estimar, ya que es una medida de la importancia de la práctica en el mercado afectado. La práctica predatoria tiene efectos que implican cambios en el nivel de bienestar. Se pueden calcular los efectos de la práctica a partir de la estimación de los cambios del bienestar entre dos escenarios, uno, caracterizado por la presencia de la práctica predatoria, y otro escenario, en el cual no se haya presentado la práctica<sup>18</sup>. El primer escenario es el factual, en el cual la litigación predatoria ocurrió y se observan los efectos que tiene en las principales variables de mercado (precios, cantidades, entre otros). El segundo escenario es el contrafactual, que es un escenario hipotético donde no se realizó la litigación predatoria.

El escenario contrafactual es uno caracterizado por el comportamiento competitivo de todos los agentes del mercado. Para su elaboración se requiere especificar el tipo de competencia que existiría si no hubiese ocurrido la litigación predatoria, utilizándose para ello dos enfoques: la comparación con otras industrias (*yardstick*) o un *benchmark* competitivo. En la aproximación por comparación se busca la misma industria en otras zonas geográficas o mercados similares (demanda, oferta y cuotas de mercado) en donde no se haya realizado la litigación predatoria; mientras que el *benchmark* parte de la idea de considerar el mismo mercado afectado en aquellas etapas o momentos donde no se haya realizado la práctica predatoria<sup>19</sup>.

La comparación entre los escenarios señalados permitiría medir el efecto de la litigación predatoria sobre el mercado afectado. Sin embargo, la evaluación de los efectos dependerá de cada caso específico, es decir, de la forma como competirían las empresas en el mercado y el impacto que tuvo la litigación predatoria.

## **1.2 Revisión del pasado para entender el presente: el origen del abuso de procesos legales**

La consideración del abuso de procesos legales como figura anticompetitiva tiene origen, al igual que la legislación y práctica *antitrust*, en Estados Unidos, con la denominada doctrina *Noerr-Pennington*. Se trata de una creación jurisprudencial de la Corte Suprema estadounidense en respuesta a las controversias que se habían suscitado en algunos casos en los que los particulares realizaban peticiones a una autoridad pública<sup>20</sup>, y cuyo efecto podría ser el de restringir la

competencia en un determinado mercado. Así, se discutía si estas peticiones podían calificar como prácticas anticompetitivas prohibidas por la Sherman Act.

En 1961, la Corte Suprema emitió sentencia en el caso *Noerr*<sup>21</sup>, en el que diversas empresas de transportistas por carretera denunciaron la campaña publicitaria emprendida por las compañías ferroviarias dirigidas a monopolizar el mercado de transporte de carga de larga distancia, a través de la adopción de leyes que afectarían al sector de transporte por carretera. El Tribunal estadounidense denegó la demanda presentada en este caso, por considerar que las acciones realizadas por las empresas ferroviarias que buscaban repercutir en el proceso legislativo no estaban sujetas al escrutinio de la Sherman Act, sin importar que el objetivo detrás de estas acciones sea dañar a sus competidores:

“El derecho de la gente a informar a sus representantes en el Gobierno de sus deseos con relación a la emisión o el cumplimiento de las leyes no puede depender en los motivos que tiene para hacerlo”<sup>22</sup>.

La idea central que guía el veredicto de la Corte es que no se puede presumir que el Congreso, al expedir la Sherman Act, haya tenido la voluntad de prohibir una conducta protegida por la Primera Enmienda, como el ejercicio del derecho de petición.

Posteriormente, en el caso *Pennington*<sup>23</sup>, la Corte avanzó en el desarrollo de este criterio. En dicha oportunidad, se enjuiciaba la petición de una asociación de trabajadores mineros y un grupo de compañías mineras presentada ante la autoridad estatal del Trabajo. Esta iniciativa buscaba imponer un salario mínimo para las compañías mineras que vendieran carbón a la Agencia del Valle de Tennessee, lo que previsiblemente limitaría la competencia de los pequeños empresarios locales de carbón. En la misma línea que la sentencia del caso *Noerr*, la Corte señaló: “Los esfuerzos conjuntos para influir sobre los agentes públicos no violan las leyes *antitrust* aun cuando intentan eliminar la competencia”<sup>24</sup>.

El criterio jurisprudencial que introducen estas dos sentencias (*Noerr* y *Pennington*) es que el ejercicio del derecho de petición de los particulares está inmune del análisis *antitrust* y, aun cuando, este pedido encerrara la voluntad o el efecto de restringir la competencia, no podría ser considerado como una conducta anticompetitiva.

El caso que completaría la trilogía que otorga los cimientos a esta doctrina jurisprudencial es el de *California Motor*<sup>25</sup>. Aquí se denun-

ciaba a un grupo de transportistas por carretera que habrían conspirado para iniciar diversos procedimientos administrativos y judiciales a nivel estatal y federal contra otras empresas transportistas, con el fin de obstruir las solicitudes de estas últimas para obtener las autorizaciones necesarias para prestar los servicios de transporte en California.

En dicha oportunidad, la Corte admitió que la protección consagrada en *Noerr* alcanzaba el uso de las vías y procedimientos de las agencias estatales y federales. No obstante, se consideró que el caso particular no alcanzaba dicha protección por encontrarse en uno de los supuestos de excepción que se habían recogido en la propia sentencia del caso *Noerr*, la denominada *sham exception*.

Para la Corte en *Noerr*, la regla de la inmunidad no se aplicaría cuando la petición sea en realidad una “careta” o “*sham*” para ocultar en realidad una afectación a la competencia: “es una mera simulación [*sham*] para cubrir lo que, en realidad, no es más que un intento de interferir directamente con las relaciones empresariales de un competidor”<sup>26</sup>. Es decir, no habrá inmunidad cuando el propósito de la petición no sea verdaderamente la atención de los derechos o intereses de un particular, sino la afectación de la competencia.

Precisamente en el caso *California Motor* la Corte consideró que la conducta denunciada encajaba dentro de la *sham exception*, pues había constatado que los transportistas utilizaban algunos mecanismos procesales que no tenían por objeto lograr la victoria en los procesos, sino demorarlos, lo que constituía un “patrón de acciones repetitivas y sin fundamento”<sup>27</sup>.

De hecho, en este caso, la Corte había constatado que incluso algunas de las acciones legales iniciadas por los transportistas habían tenido éxito; sin embargo, este conjunto de acciones se había interpuesto “con o sin causa probable, y con prescindencia del mérito”, lo que evidenciaba que las peticiones encajaban dentro del supuesto de la *sham exception*.

Muchos años después, una sentencia del Tribunal Supremo estadounidense de 1991 emitida en el caso *Omni*<sup>28</sup> ayuda a precisar el concepto de *sham*, y clarifica cuándo la petición no ha estado dirigida a la atención de los intereses del particular. Así, la Corte señaló que serán simulaciones o *sham* aquellas peticiones al Gobierno que no tengan por objeto la concreta adopción de una acción estatal, sino que ello sea el pretexto para dañar a un competidor a través del mismo proceso de petición<sup>29</sup>. Es decir, el objetivo real de la solicitud al Gobierno debe ser

afectar la competencia a través del proceso de petición en sí mismo, con prescindencia de la acción o decisión que adopte la entidad pública a la que estaba dirigida la petición.

Aunque sutil la precisión es importante: el efecto anticompetitivo entonces no se deriva del resultado de la decisión gubernamental, sino del proceso de petición en sí mismo, cuyos costos, duración y demás circunstancias pueden dañar el proceso de competencia.

Una de las manifestaciones de la *sham exception* es la litigación predatoria o *sham litigation*, cuyo *leading case* es el de *PRE*<sup>30</sup>. *PRE* operaba un hotel *resort* en California en cuyas habitaciones había instalado reproductores de videos y había acumulado una videoteca de más de doscientas películas, las cuales rentaba a sus huéspedes. *PRE* también buscaba vender reproductores a otros hoteles para ofrecerles el sistema de reproducción en las habitaciones de sus huéspedes. Columbia Pictures y otros grandes estudios productores de las películas en cuestión demandaron a *PRE* por violar sus derechos exclusivos de autor para reproducir públicamente sus obras cinematográficas mediante su sistema de alquiler de videos. *PRE* reconvino la demanda de Columbia Pictures alegando que la acción interpuesta era realmente un *sham* destinado a excluir a *PRE* del mercado.

La Corte Suprema coincidió con la Corte de Distrito y la Corte de Apelaciones en que *PRE* no había infringido los derechos de autor de Columbia Pictures. Pese a ello, no atendió el argumento de *PRE* de que la acción de Columbia Pictures constituyera una excepción *sham* a la inmunidad *Noerr*. La Corte concluyó que un esfuerzo objetivamente razonable dirigido a litigar no podría ser considerado como un intento para dañar la competencia. Asimismo, estableció un test cumulativo de dos partes para otorgar la calificación de *sham* a una demanda:

“Primero, la demanda debe carecer objetivamente de fundamento en el sentido de que ningún litigante razonable podría esperar, de manera realista, obtener un triunfo en los méritos. Si un litigante objetivo puede concluir que la demanda ha sido razonablemente calculada para obtener un resultado favorable, la demanda está inmune bajo *Noerr*, y una demanda *antitrust* sustentada en la *sham exception* debe fracasar. Solo si la litigación cuestionada, objetivamente, carece de méritos, una Corte puede examinar la motivación subjetiva del litigante. Desde esta segunda parte de nuestra definición de *sham*, la Corte debería enfocarse en si la demanda sin fundamento oculta ‘un intento de interferir directamente con las relaciones de negocios

de un competidor', [...] a través del uso [del] proceso gubernamental –en oposición al resultado de ese proceso– como una arma anticompetitiva”<sup>31</sup>.

Así, el inicio de procesos judiciales o administrativos sin una real o razonable expectativa de triunfo podría ser un caso de *sham*, cuya verdadera motivación sería la de dañar al competidor, incrementando sus costos o demorando su ingreso al mercado. Como veremos más adelante, es este el criterio seguido en la última resolución emitida por la SC1 que, sin embargo, no ha estado exento de duras críticas en su país de origen y que discutiremos posteriormente.

## 2 La práctica peruana: de grifos a trenes

Aunque reducida, el Perú también cuenta con cierta experiencia jurisprudencial sobre el abuso de procesos legales anticompetitivos. Cabe precisar, sin embargo, que esta ha estado enfocada en el análisis de peticiones y demandas en el marco de procedimientos administrativos y procesos judiciales. De ahí que debido a su especificidad, se le denomine con mayor frecuencia litigación predatoria.

El primer caso se dio en 1996, con el pronunciamiento de la Comisión de Libre Competencia (CLC) –hoy Comisión de Defensa de la Libre Competencia– en el caso *Lebar*. En este procedimiento se denunció a la empresa Asesoría Comercial y a la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicios del Perú, por presentar una serie de recursos ante las municipalidades de Lima y de La Victoria y la Dirección General de Hidrocarburos, con la finalidad de evitar la construcción del grifo de una nueva empresa en el mercado, Lebar. Si bien en este caso no se acreditó la existencia de un acuerdo entre Asesoría Empresarial y la Asociación para obstruir la actividad empresarial de Lebar, la CLC señaló expresamente: “[...] el abuso de procedimientos gubernamentales (administrativos o judiciales) puede ser considerado como una práctica prohibida susceptible de ser comprendida dentro de la legislación que sanciona las prácticas restrictivas de la libre competencia; Decreto Legislativo 701”<sup>32</sup>.

Un segundo caso de predación, a través de procesos gubernamentales, se produjo en 2005 con el caso *Pilot*. Pilot, la empresa que agrupaba a la mayoría de prácticos marítimos que operaban en el Terminal Portuario del Callao, inició una serie de acciones legales

contra algunos prácticos marítimos que habían decidido dejar Pilot para formar sus propias empresas. En este caso, la CLC<sup>33</sup> y la Sala<sup>34</sup> consideraron que la actitud de Pilot tenía por propósito dificultar la actividad empresarial competitiva de estos prácticos, por lo que declararon fundada la denuncia interpuesta contra dicha empresa por abuso de posición de dominio.

Resulta importante hacer hincapié en el pronunciamiento de la CLC, pues parecía establecer un parámetro para delimitar cuándo el uso de acciones legales contra una empresa puede ser considerada como una conducta anticompetitiva: “[...] esta Comisión reconoce el derecho legítimo de toda persona a solicitar tutela jurisdiccional y a ejercer su derecho de petición administrativa ante los órganos correspondientes; sin embargo, *si los procesos judiciales y los procedimientos administrativos interpuestos por la empresa denunciada son desestimados (en su mayoría) por las autoridades competentes, la Comisión, en el ámbito de sus competencias, puede evaluar y eventualmente concluir de manera objetiva la intención anticompetitiva de una empresa que utiliza innecesariamente dichos mecanismos legales con el único propósito de obstaculizar el acceso o permanencia en el mercado de competidores potenciales o reales, y no el ejercer de manera regular su derecho de acción*”<sup>35</sup> [cursivas nuestras].

Esta cita tomada de la resolución final de la CLC reflejaría que, para considerar que el derecho de petición o derecho de acción están siendo ejercidos ilegítimamente con la finalidad de afectar la competencia, es necesario: i) que exista una pluralidad de acciones legales entabladas por una empresa y ii) que la mayoría de estas acciones legales hayan sido desestimadas.

Un caso más reciente vinculado con el abuso del derecho de petición corresponde a la denuncia interpuesta por Ambev contra Backus y otros por abuso de posición de dominio. Ambev había denunciado en un primer momento que: i) Backus le denegaba el ingreso a un sistema de intercambiabilidad de envases entre las empresas que comercializaban cerveza en el Perú, y ii) Backus había celebrado una serie de contratos de exclusividad con distribuidores mayoristas y minoristas de cerveza con el fin de prohibir o retrasar el ingreso de Ambev en el mercado de comercialización de cerveza en el Perú. Posteriormente, Ambev puso en conocimiento de la CLC que Backus había celebrado convenios con diversos municipios provinciales y distritales, que le impedirían la comercialización de sus productos y la publicidad de sus

marcas de cerveza en determinados distritos de Lima Metropolitana y provincias de la Región Lima, mayoritariamente en las zonas del litoral de las playas, con el objeto de incrementar el costo de acceso al mercado a los competidores de Backus.

La CLC declaró improcedente este último extremo de la denuncia de Backus por considerar que, pese al potencial efecto restrictivo de la competencia derivado de los convenios, estos involucraban la actuación de municipios que actuaban en ejercicio de sus funciones y no calificaban como agentes económicos, por lo que el enjuiciamiento de dichas conductas correspondía en todo caso a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas<sup>36</sup>. Este pronunciamiento fue confirmado en segunda instancia por la Sala<sup>37</sup>.

Si bien la restricción de la competencia provenía de una actuación pública (los acuerdos de concejo que aprobaban los convenios celebrados con Backus), el Indecopi omitió considerar esta conducta desde la perspectiva de Backus que, como agente económico, podría estar provocando la actuación pública con el objeto de restringir la competencia. Es decir, no se analizaron si las peticiones de Backus en sí mismas podían calificar como un supuesto de abuso.

El caso más reciente y probablemente también el más importante en este desarrollo jurisprudencial es el ya referido caso *Apofer*, que enfrentaba a la Asociación de Operadores de Ferrocarriles del Perú-Apofer contra Ferrocarril Transandino, Perú Rail, Peruval Corp. y Peruvian Trains & Railways por abuso de posición de dominio, en la modalidad de abuso de procesos legales<sup>38</sup>.

En primera instancia, la CLC verificó que las denunciadas habían incoado una serie de acciones judiciales y administrativas que tenían por objeto restringir, retrasar o desincentivar el ingreso de nuevos competidores al mercado de transporte ferroviario de pasajeros en el Ferrocarril Sur-Oriente (importante vía férrea que cubre el tramo Cuzco-Ollantaytambo-Machu Picchu-Hidroeléctrica).

Además de ser el primer caso de abuso de procesos legales bajo la vigencia y aplicación del Decreto Legislativo 1034, cuyo artículo 10.2 reconoce de manera expresa esta práctica como una modalidad anti-competitiva<sup>39</sup>, este es un caso simbólico por las consideraciones desarrolladas por la CLC y luego por la SCI para diferenciar el ejercicio legítimo de los derechos de acción y petición respecto de un ejercicio abusivo e ilegítimo de estos derechos, y susceptible de ser calificado de anticompetitivo.

En el caso en comentario, las denunciadas habían argumentado que las acciones legales cuestionadas sí contaban con un fundamento objetivo en el sentido de tener una causa probable y, así, no se cumplía con uno de los requisitos exigidos en el test estadounidense del caso *PRE* para considerar como abusivo o ilegítimo el ejercicio de los derechos de acción o petición.

Frente a ello, la CLC se distanció del referente jurisprudencial estadounidense, y apoyándose en relevante doctrina y jurisprudencia extranjera, consideró que la falta de expectativa razonable de triunfo en un proceso legal (causa probable) puede ser un criterio –mas no el único– para esclarecer si existe un interés real y legítimo para el inicio de procesos legales<sup>40</sup>. Así, la CLC estimó que pueden haber otros elementos a considerar para dilucidar si se ha producido un ejercicio válido de los derechos de acción y petición, señalando que esto no se daría, por ejemplo, cuando “el provecho económico que se espera obtener de un resultado favorable en un proceso es mínimo o nulo” en relación con los costos de la litigación<sup>41</sup>, o cuando “un accionante interpone varias acciones para efectuar una misma petición o presentar un mismo argumento (sin que cada nueva acción le genere un valor adicional al potencial resultado favorable)”<sup>42</sup>.

Adicionalmente, la CLC también hizo referencia a algunos criterios para identificar la intención anticompetitiva por parte de los accionantes, como “la oportunidad en la que se inician las acciones legales, los sujetos contra los que se dirigen y los efectos que pueden tener sobre la competencia, entre otros [...]”<sup>43</sup>.

En vía de apelación, la SC1 revocó la resolución de la CLC y también descartó el criterio adoptado por la primera instancia, respaldando en su lugar la pauta jurisprudencial estadounidense del caso *PRE*. Esencialmente, para la SC1 se debía seguir con un test de dos partes como el de *PRE*: la primera consistiría en dilucidar si la acción legal interpuesta adolece de un fundamento objetivo, de manera tal que solo si la acción carece manifestamente de méritos o fuera rechazada *in limine*, podría llegar a ser considerada ilegítima; en la segunda parte se tendría que constatar la intención (subjética) anticompetitiva del litigante. Solamente si se cumplen con ambos componentes, se podría sancionar a un litigante por abuso de procesos legales.

En el caso concreto, la Sala consideró que todas las acciones legales interpuestas por Fetrans, Perurail y demás empresas de su grupo económico tenían un fundamento objetivo, lo que se veía respaldado en

algunos casos por pronunciamientos parciales o finales a su favor en los respectivos procesos judiciales o peticiones administrativas presentadas. Por dicha razón, la SC1 revocó el sentido de la resolución de primera instancia, dejando sin efecto las multas y las medidas correctivas dictadas.

### 3 Diferencias entre la CLC y la Sala: el tránsito de mucho a nada

El siguiente cuadro refleja de manera esquemática los divergentes criterios adoptados por la CLC y la SC1 en lo que respecta a la evaluación del supuesto de abuso de procesos:

CUADRO I  
Criterios de la CLC y la SC1

Test para sancionar un caso de abuso de procesos legales	CLC	SC1
Primer elemento	<p>Descartar que el fundamento de la acción legal sea la tutela de intereses:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Carece de causa probable.</li> <li>• Los beneficios del triunfo no justifican los costos de la acción.</li> <li>• Multiplicidad de un mismo pedido.</li> </ul>	<p>Descartar que la acción legal tenga fundamento objetivo: Carece manifiestamente de méritos o es rechazada <i>in limine</i>.</p>
Segundo elemento	<p>Intención anticompetitiva:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Cantidad de acciones.</li> <li>• Momento de interposición.</li> <li>• Sujetos contra las que se dirigen las acciones.</li> <li>• Efectos de las acciones.</li> </ul>	<p>Intención anticompetitiva.</p>

Fuente: Elaboración propia.

Como se puede apreciar, la principal diferencia en el razonamiento de dichos órganos resolutivos del Indecopi se encuentra en el primer elemento del test. Mientras que para la CLC el primer elemento tiene por objeto dilucidar si la voluntad detrás de las acciones legales es realmente la tutela de los intereses del accionante o no; para la SC1, la primera parte del test cumple un rol más objetivo, confirmar o descartar si la acción en sí misma podía tener mérito, en cuyo caso la acción legal tendría total legitimidad y, por lo tanto, no podría ser calificada de anticompetitiva.

Ambas resoluciones tienen apoyo en importantes criterios jurisprudenciales extranjeros y en doctrina comparada. Sin embargo, a nuestro parecer, el criterio escogido por la Sala presenta una serie de errores de razonamiento que no fueron superados por dicho órgano resolutivo, debido a una mala comprensión de la doctrina del abuso de procesos legales y los objetivos que se persigue con su represión.

A continuación, analizaremos algunas de las premisas y conclusiones de la Sala, que optó por seguir –erradamente, a nuestra consideración– el criterio estadounidense de *PRE*, y advertiremos las consecuencias negativas que se derivan de haber seguido tal camino.

### **3.1 Cuando la intención sí es lo que cuenta**

Cuando la Sala escoge seguir el criterio estadounidense de *PRE*, que requiere necesariamente la ausencia de una causa probable en una acción legal para que esta pueda ser considerada parte de un abuso de procesos legales, privilegia aparentemente un factor objetivo, y descarta considerar el factor más subjetivo que proponía la CLC al analizar como primer elemento si la voluntad del accionante era o no el buscar una tutela favorable de sus derechos o intereses.

Decimos que el factor escogido por la SC1 es solo aparentemente objetivo, porque el análisis de la existencia de causa probable no es una tarea enteramente objetiva; es decir, no hay una regla clara e indubitable que nos permita anticipar el resultado de este análisis.

Según el criterio de *PRE* y de la SC1, en el primer elemento del test se debe estudiar si un litigante razonable podía creer, al momento de interponer una acción legal, que esta tenía suficientes méritos para ser amparada. Como se puede advertir, el análisis consiste en que la autoridad –en nuestro caso, el Indecopi– considere el punto de vista del accionante y evalúe si, en su lugar, era razonable esperar un resul-

tado positivo. Evidentemente, este análisis no escapa totalmente de la subjetividad que implica descubrir si el litigante podía creer que su petición tenía mérito o no. No obstante, el hecho de pensar como un litigante “razonable” debería ayudar a reducir esa subjetividad, y facilita usar herramientas como la jurisprudencia, los resultados de casos similares anteriores, o interpretaciones más o menos previsibles de las leyes, para decidir si era razonable anticipar un resultado favorable o no en la acción legal a iniciar.

Pero más allá de eso, al respaldar el criterio de *PRE*, la SC1 parece repudiar el planteamiento más subjetivo de la CLC consistente en descubrir, en el primer paso del test, si la voluntad del litigante no apuntaba realmente a la tutela de sus intereses, sino a un fin colateral. Para la SC1, solo se podría realizar esta evaluación si se ha descartado previamente la presencia de algún fundamento objetivo (entendido este como una causa con probabilidad de éxito): “203. En efecto, *si el inicio de procesos judiciales y procedimientos administrativos se encuentra respaldado en la existencia de un fundamento objetivo o una “causa probable”, de manera tal que se verifique que el litigante acciona, pues pretende atender sus derechos, este colegiado estima que debería descartarse un ejercicio ilegítimo de los derechos de acción y petición.* En este contexto, cabe señalar que no es necesario que su pretensión sea efectivamente tutelada, sino que *su reclamo tenga a la fecha de ser interpuesto al menos alguna probabilidad de ser acogido*” [cursivas nuestras].

Detrás de esta opción está, pues, la creencia de que una causa probable legítima en todos los casos la interposición de una acción legal y, por tanto, descarta la comisión de la litigación predatoria: “204. [...] *si un litigio tiene probabilidades de tutelar un derecho o interés del solicitante, se trata –con independencia de sus efectos– del ejercicio legítimo de los derechos de acción y petición*”.

“209. [...] Es cierto que se reconoce que en virtud de las demandas incoadas se puede generar un perjuicio colateral a los competidores; sin embargo, *al sustentarse en un fundamento objetivo y buscar atender sus intereses, no puede calificar como ilegítimo el ejercicio de los derechos constitucionales de los particulares de recurrir ante las autoridades para satisfacer sus pretensiones*” [cursivas nuestras].

Precisamente en los numerales citados de la resolución podemos detectar una premisa muy discutible que guía el razonamiento de la Sala: la equivalencia entre fundamento objetivo (como causa probable)

y legítima tutela de intereses. Para la SCI, si hay una causa probable, entonces, necesariamente hay legitimidad en la acción, lo cual es incorrecto, pues, como veremos, existen más supuestos de ilegitimidad que exceden a la simple litigación sin expectativa de triunfo.

Pero antes de entrar a desarrollar estos supuestos adicionales, corresponde preguntarse previamente ¿qué es lo que importa a efectos de analizar un caso de abuso de procesos?, ¿que una petición tenga o no mérito?, o ¿que la petición busque la tutela de intereses y no sea realmente una simulación para afectar la competencia? El propio nombre de *sham petitioning* o *sham litigation* nos lleva a concluir que la respuesta a la segunda pregunta es realmente la más importante.

Recordar el origen de esta doctrina nos permite entender bien la relevancia de estas interrogantes. En el caso *Noerr*, el Tribunal Supremo estadounidense reconocía la vigencia del derecho de petición de los ciudadanos y entendía que el ejercicio de tal derecho no podía ser calificado de ilícito aun cuando la petición encerrara una voluntad de eliminar o restringir la competencia. Sin embargo, en la misma sentencia el Tribunal advertía que podría haber casos en los que la petición no buscara atender un interés, sino que se trataba de una herramienta en sí misma para afectar la competencia. En tal situación, cuando la petición sea una mera simulación o careta para conseguir un fin ulterior (anticompetitivo), que se derivara no del resultado de la petición sino del proceso de petición en sí mismo (debido a los costos, demoras y riesgos que encierra), no habría inmunidad y la norma de libre competencia podría servir para reprimir el ejercicio ilegítimo de ese derecho.

Como se puede apreciar, desde el origen de la doctrina en estudio el énfasis estuvo en determinar cuándo la motivación de una petición era la de tutela de intereses (*redress of grievances*) y diferenciarla de los casos en que realmente era un disfraz o simulación para afectar la competencia. Es decir, el punto central siempre estuvo en descubrir la verdadera motivación detrás de la petición y no en si esta tenía mérito o no.

Curiosamente, al recordar los orígenes de la *sham exception* y tomando como referencia a la FTC, la SCI presenta algunos supuestos considerados inicialmente como manifestaciones de ilegítimo ejercicio del derecho de petición y que podían quedar sujetos al escrutinio *anti-trust*: “183. Conforme anota la Federal Trade Commission (FTC), aunque la Corte Suprema no delimitó claramente los parámetros apli-

cables para determinar un caso de *sham litigation*, listó ejemplos de supuestos que podrían calificar de tal. Entre otros, se encuentran *los casos del perjurio de testigos, la obtención de una patente por fraude, la conspiración con una autoridad a cargo del otorgamiento de licencias para eliminar a un competidor y los sobornos a los agentes estatales*” [cursivas nuestras].

Esta cita es relevante, pues ninguno de los ejemplos enunciados (perjurio de testigos, fraude, conspiración o soborno) evidencia la falta de una causa probable. En efecto, el hecho de que medie algún tipo de fraude o contubernio con una autoridad pública, no determina que una petición legal tenga mérito o no. Puede darse un caso de soborno en el que, a pesar de ello, la acción legal tenga altas probabilidades de éxito. Y pese a ello, la Corte Suprema estadounidense y la propia SC1 del Indecopi reconocen que esta acción sería ilegítima.

Aunque los casos de fraude y soborno representan otro tipo de ilegitimidad –que explicamos en el apartado siguiente–, son ejemplos de la contradicción en la que cae la SC1 al momento de establecer los criterios que guiarán el análisis de un caso de *sham litigation*. Para nosotros, el problema se encuentra pues en un desconocimiento del correcto origen de esta doctrina y de la importancia que hay en estudiar la verdadera voluntad del presunto litigante predatorio, como piedra angular y punto de partida del análisis que corresponde realizar a la autoridad de defensa de la competencia.

### 3.2 Los casos ignorados de abusos de procesos

La elección de la Sala de respaldar el criterio de *PRE* soslaya una de las principales críticas que ha tenido esta sentencia en Estados Unidos por parte de comentaristas especializados, el Colegio de Abogados estadounidense (American Bar Association o ABA) y la propia FTC: es un estándar demasiado restringido que ignora otros tipos de ejercicio abusivo del derecho de petición<sup>44</sup>.

Llama la atención, sin embargo, que la propia Sala reconozca en su resolución que la litigación sin expectativa de mérito es solo una especie de un género mayor de prácticas de abuso de procesos: “169. A nivel legislativo, *el Código Procesal Civil*, norma de aplicación supletoria a los demás ordenamientos procesales, *describe en su artículo un catálogo de escenarios que importan un ejercicio temerario o abusivo del proceso*. Estos supuestos pueden ser agrupados en tres tipos

*de modalidades de abuso de procesos: aquel en que el patrón común es un litigante que desde el momento que acude al aparato jurisdiccional conoce o razonablemente debe conocer que su pretensión no tiene méritos; aquel en que el proceso tiene una finalidad simulada o fraudulenta y busca satisfacer objetivos ilegítimos distintos al interés subjetivo en litigio; y, finalmente, el último grupo de supuestos corresponde a aquel en que asumen conductas inadecuadas que entorpecen el impulso del proceso en trámite, transgrediendo el deber de colaboración en la marcha del proceso” [cursivas nuestras].*

Correctamente, en el numeral citado, la SC1 agrupa tres tipos de abuso de procesos que reconoce el Código Procesal Civil: a) la litigación sin expectativa de triunfo, b) la litigación con finalidad simulada y c) el entorpecimiento del proceso. Empero, al momento de considerar cuándo se podría producir un caso con propósito anticompetitivo, se circunscribe únicamente al primer supuesto, descartando con ello los otros dos que se podrían presentar aun cuando las acciones iniciadas tengan una causa probable.

La litigación simulada precisamente es el problema que abordó la primera instancia cuando analizó otros casos distintos a la litigación sin expectativa de méritos, en los que el inicio de acciones legales no tenía por finalidad realmente la tutela de los intereses del peticionario, sino la afectación a la competencia, derivada siempre del proceso en sí mismo.

En la nota a pie de página 97 de la resolución de la SC1 incluso se define la litigación simulada en estos términos: “La doctrina procesal, al caracterizar este tipo de casos, ha entendido que *incluso estos pueden tener a priori una causa fundada en derecho, pero que pierde su legitimidad en la medida en que surja una evidencia fehaciente de que fue utilizada, por ejemplo, para extorsionar o presionar a la contraparte*” [cursivas nuestras].

La Secretaría Técnica de la CLC había también advertido en su informe técnico que la jurisprudencia estadounidense sancionaba la litigación simulada a través de la figura de la “responsabilidad civil por abuso de procesos”, una responsabilidad que debería asumir quien interpusiera demandas con la intención de conseguir un fin distinto a aquel que pudiera desprenderse de la sentencia o el pronunciamiento de la autoridad judicial, como podría ser la intimidación o amenaza de la parte contraria, a efectos de conseguir un beneficio colateral, no declarado<sup>45</sup>.

Como hemos advertido en un inicio, los desincentivos o incertidumbre que puede ocasionar el inicio de algunas acciones legales, tal vez se convierta en una herramienta en sí misma para afectar a los competidores. Por tal razón, la CLC consideró que se podrían presentar otros casos en los que se pudiera detectar que, pese a la existencia de cierta probabilidad de éxito, la litigación era una simulación y en realidad encerraba la finalidad de afectar la competencia. Así, y teniendo en consideración algunos criterios jurisprudenciales de Cortes de Circuito de Estados Unidos, la CLC consideró dos ejemplos de litigación simulada: cuando el beneficio eventual del resultado favorable del proceso no justifica los costos de litigar, o cuando se daba una multiplicidad de acciones para una misma petición material. Sin embargo, la SC1 rechazó ambos supuestos y lo hizo utilizando argumentos que discutiremos más adelante.

Por otra parte, y a pesar de ser reconocida como otra modalidad de abuso de procesos, la Sala ignora por completo el supuesto de entorpecimiento del proceso, y no lo considera como otra manifestación de ilegitimidad en el ejercicio del derecho de petición que, acompañada de una intención y efecto anticompetitivos, podría calificar de una infracción *antitrust*. Contrariamente a esta omisión de la SC1, este caso se habría presentado en el procedimiento de modificación del Reglamento de Acceso (REA) de Fetrans, uno de los grupos de acciones legales evaluados en este caso y que repasaremos en el apartado IV.

Un supuesto adicional de ilegítima utilización del proceso legal y que también es reconocido por la SC1 en varias partes de su resolución es el de la corrupción o fraude a la administración de justicia, hasta el punto en que admitiría que la jurisprudencia extranjera lo reconoce como un caso más de abuso de procesos: “173. Estos criterios, que evidencian *la voluntad de ejercer abusivamente del derecho de acción o petición, se aprecian principalmente cuando*: i) el litigante o peticionante, de acuerdo con el contexto en que se inserta, tiene plena conciencia de que su pretensión o solicitud administrativa será rechazada *in limine* o que carece completamente de fundamento objetivo y de probabilidades de éxito; y ii) *se identifican suficientes elementos de prueba que permiten acreditar que un proceso legal fue guiado por el fraude y la corrupción.*

199. En consecuencia, se puede afirmar que *para determinar si se configura un supuesto de litigación predatoria, las posiciones predominantes en la jurisprudencia comparada y el fallo expedido por la*

Sala en el caso *Pilot* apuntan a exigir el análisis de un elemento objetivo relacionado con el fundamento de la pretensión del litigante y la ausencia de fraude, antes de determinar si se trata de un intento por hostigar a la parte contraria o afectar a sus competidores” [cursivas nuestras]

Por lo tanto, si se lograra acreditar la existencia de fraude o corrupción en los que haya estado involucrado el litigante, solo restaría verificar la intención anticompetitiva para que se produzca la infracción administrativa.

Como hemos apuntado en el apartado III.1, efectivamente se trata de una ilegitimidad que sustenta la existencia de un abuso de procesos, pero de una naturaleza distinta a la del *sham litigation*. En la doctrina del *sham litigation*, lo que se verifica es la interposición de acciones legales en que el resultado no es lo importante, sino el objetivo ulterior que se persigue: impedir, retrasar o desincentivar la competencia debido a la duración, costos e incertidumbre que genera el proceso en sí mismo. Es decir, hay una voluntad solo aparente en el accionante de tutelar sus intereses, y una voluntad real de afectar la competencia.

En cambio, cuando media fraude o corrupción, la ilegitimidad no deriva de esta simulación, ni de la finalidad ulterior anticompetitiva, sino del actuar indebido del accionante que afecta el proceso deliberativo de la autoridad legislativa, administrativa o judicial hacia la que está dirigida la petición. Por consiguiente, sostenemos que en este caso sí puede darse un abuso de procesos anticompetitivo (sus elementos constitutivos serían el fraude, la intención anticompetitiva y el efecto anticompetitivo), que responde a fundamentos y parámetros distintos del *sham litigation*.

En Estados Unidos también se ha reconocido esta ilegitimidad en el ejercicio del derecho de petición desde una doctrina distinta, denominada *Walker Process*, originada en 1965, a raíz del caso *Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp.*<sup>46</sup>, en el que el actor (*Food Machinery*) había presentado una acción de infracción de patentes respecto de un sistema de ventilación usado para el tratamiento de aguas residuales. *Walker*, el demandado, por su parte, reconvino señalando que la acción del demandante se dirigía a obtener y mantener la patente invocada mediante la manipulación fraudulenta de hechos ante la Oficina de Patentes. En dicha oportunidad, el Tribunal Supremo admitió que una acción fraudulenta podría considerarse como un intento de monopolización<sup>47</sup> si se prueban los ele-

mentos restantes de la infracción, esencialmente, el análisis del poder exclusorio derivado de la acción de infracción de patente referida.

Así pues, la Sala nuevamente incurre en un error al querer asimilar la doctrina del *sham litigation* con la del abuso de procesos por fraude o corrupción (o *Walker Process*). Y la falta de coherencia se hace más explícita cuando en diversas partes de su resolución mantiene la posición de *PRE*, de exigir necesariamente la falta de una causa probable en una acción legal, para que esta pueda ser eventualmente considerada ilícita y anticompetitiva, cuando, como hemos analizado, una acción legal en la que medie fraude o corrupción puede tener mucha probabilidad de éxito. De hecho, ¿es probable que el actuar ilícito incremente las probabilidades de triunfo!

### 3.3 De la desconfianza probatoria a la indebida generalización

Los ejemplos propuestos por la CLC para detectar la ausencia de un interés legítimo en la interposición de acciones legales (beneficios inferiores a los costos del proceso y multiplicidad de acciones para una misma petición) fueron descartados por la Sala, que añade que “no son criterios idóneos para revelar de manera concluyente la intención anticompetitiva (factor subjetivo) que se requiere para la configuración de la conducta”<sup>48</sup>.

Dos problemas que presenta la cita anterior son que, en primer lugar, en los criterios señalados la CLC no intenta revelar de manera concluyente la intención anticompetitiva del litigante, sino simplemente descartar que la intención real sea la de tutelar sus intereses (actuar ilegítimo); y en segundo lugar, que la SC1 no repara en dar luces respecto de qué criterios sí serían idóneos para detectar la intención anticompetitiva; es decir, para cumplir con la segunda parte del test de *PRE* que respalda.

Independientemente de estos defectos, conviene analizar la razón de la discrepancia de la SC1 con la CLC. El trasfondo es que la Sala desconfía de la capacidad de los elementos propuestos por la CLC para acreditar la ilegitimidad en la actuación del accionante presuntamente anticompetitivo.

En lo que respecta a la multiplicidad de acciones para un mismo pedido material, el argumento de fondo de la Sala es que esta multiplicidad responde a una elección libre, no prohibida, de estrategia

procesal. Así, la Sala considera legítimo que un accionante diversifique riesgos incrementando sus probabilidades de éxito mediante la multiplicación de acciones<sup>49</sup>. Sería algo así como “poner más balas en una metralleta”.

Más allá de lo cuestionable, desde el punto de vista ético, que puede resultar el concebir a cada acción legal como una ficha más de una ruleta probabilística, consideramos que la Sala comete un error al equiparar la ausencia de prohibición expresa de la multiplicidad de acciones con una aparente legitimidad brindada por el ordenamiento jurídico. Si bien es cierto que impera y debe imperar la regla general de “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”, ello no obsta a que en determinados casos excepcionales el ejercicio de un derecho (no prohibido, valga la redundancia) pueda devenir en abusivo y, por tanto, en ilícito. En realidad, la doctrina del abuso del derecho –de la cual, el abuso de procesos es una manifestación– parte de la premisa del ejercicio de una actividad que no está prohibida.

Por tanto, mal hace la Sala al interpretar que la falta de prohibición expresa es una carta blanca para multiplicar las acciones legales, sin el riesgo de que esta práctica pueda ser considerada abusiva y eventualmente anticompetitiva. En este extremo, el pronunciamiento de la SC1 se torna más pernicioso si consideramos la abundancia de la mala práctica legal en nuestro país (permitida tanto por abogados litigantes como por jueces) de multiplicar y “ruletear” acciones legales en distintas instancias y sedes, obteniendo pronunciamientos con diversos sentidos (muchos de ellos contradictorios) de parte de cuestionables autoridades judiciales.

Por otro lado, la Sala también descarta que el caso de las acciones legales cuyo beneficio estimado derivado de un eventual resultado favorable no justifique los costos de litigar, pueda ser considerado como una manifestación de abuso de procesos legales, y lo hace argumentando básicamente su difícil comprobación<sup>50</sup>.

Este supuesto planteado por la CLC se deriva de los pronunciamientos del juez de la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito, Richard Posner, en el caso *Grip-Pak, Inc. v. Illinois Tool Works, Inc. (Grip-Pak)*<sup>51</sup>, y posteriormente en el voto disidente del vocal supremo Stevens en el ya comentado caso *PRE*<sup>52</sup>.

Al respecto, coincidimos con el reparo que tiene la Sala al advertir que puede resultar de difícil probanza el supuesto de hecho descrito.

Sin embargo, ello no puede llevar a descartar del todo este escenario, que bien podría presentarse en algún caso y sustentar la ilegitimidad de la actuación del accionante, considerando que la motivación de emprender acciones legales es justamente obtener un beneficio económico colateral derivado de la afectación a la competencia<sup>53</sup>. Por otro lado, en el pronunciamiento de la CLC aplicado al caso concreto, este argumento no fue utilizado por sí solo para justificar la ilegitimidad de algún grupo de acciones legales de los denunciados, sino como un elemento contributivo adicional, habiéndose constatado que efectivamente los beneficios de un eventual resultado positivo de algunas de las acciones legales interpuestas parecían ser de poca magnitud. En todo caso, si es que para la autoridad de competencia (en este caso, la SC1) el denunciante no ha probado suficientemente este desbalance entre beneficios de la acción (sin considerar los colaterales anticompetitivos) y los costos de la litigación, lo que corresponde es que se declare infundada la denuncia; es decir, el defecto probatorio solo tendría que afectar el resultado del caso concreto.

En suma, el razonamiento de la Sala al descartar los supuestos propuestos por la CLC de ilegitimidad en el ejercicio de los derechos de acción y petición cae en una falacia de generalización inapropiada o accidente, pues generaliza la dificultad probatoria de esta ilegitimidad a partir de un caso concreto. El resultado es que se pasa de un escenario real de dificultad probatoria a uno recreado (legalmente) de imposibilidad probatoria, ya que con el criterio de la SC1 ningún denunciante podrá emprender la tarea de probar de esta forma el abuso de procesos, asegurando la impunidad de infracciones anticompetitivas que tal vez eran difíciles, mas no imposibles, de acreditar.

### 3.4 Los “criterios uniformes” o una “lectura conveniente”

Un último aspecto por revisar en el marco conceptual del abuso de procesos legales esbozado por la SC1 tiene que ver con las referencias jurisprudenciales utilizadas para respaldar a los criterios escogidos.

El principal caso que sirve de apoyo a la SC1 es el ya comentado caso *PRE*, que efectivamente propone el estándar restringido por el cual el único supuesto de *sham litigation* sería el del inicio de acciones sin expectativa razonable de triunfo, que, como hemos analizado en los apartados precedentes, deja de lado otros supuestos de *sham petitio-*

*ning* y en general de abuso de procesos (como el de fraude o doctrina Walker Process) reconocidos en otras sentencias comparadas y en la propia legislación nacional.

Aunque esta sentencia ha recibido críticas de algunos especialistas e instituciones como la FTC y la ABA, efectivamente constituye el *leading case* estadounidense en la materia. Cabe anotar, no obstante, que algunas cortes inferiores y la propia FTC han propuesto limitar la aplicación del caso *PRE* únicamente para casos en los que se enjuicie una sola acción legal individualmente considerada (como fue el que enfrentó a *PRE* y a las productoras cinematográficas), y que se utilice un parámetro distinto cuando se trate de un patrón de acciones legales (*pattern exception*) que tendrían que analizarse en conjunto y sin restringirse únicamente a verificar la presencia o ausencia de causa probable<sup>54</sup>.

Además del caso *PRE*, la SC1 también busca apoyar su razonamiento en la jurisprudencia europea del caso *Promedia*<sup>55</sup>, y en sentencias anteriores del propio Indecopi y del Tribunal Constitucional (TC), sosteniendo una suerte de concomitancia en todas ellas con el criterio de *PRE*, una aseveración que, como veremos a continuación, resulta lejana de la realidad.

Para la SC1, el criterio de *Promedia* es equivalente al de *PRE* en lo que se refiere al test para analizar un caso de abuso de procesos, en particular, respecto del primer elemento que es donde se presentaba la discrepancia ya anotada con la CLC:

“191. La importancia del caso radica en que el Tribunal de Primera Instancia confirmó la regla propuesta por la Comisión Europea para analizar los supuestos de abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales. Así, los dos pasos que se deben verificar para determinar si se trata o no de una conducta anticompetitiva son: i) en primer lugar, que no pueda considerarse razonablemente que la acción judicial tiene por objeto hacer valer los derechos de la empresa y que, por tanto, dicha acción solo pueda servir para hostigar a la parte contraria; y ii) en segundo lugar, que esté concebida en el marco de un plan que tenga como fin suprimir la competencia.

[...]

193. De la revisión de la posición comunitaria en la materia, la Sala considera que los dos criterios acumulativos planteados por la Comisión Europea resultan similares a los que conforman el test *PRE* formulado por la Corte Suprema estadounidense. Tal como lo determinó

la propia Comisión Europea respecto del primer criterio planteado en *Promedia*, la acción judicial debe carecer manifiestamente de todo fundamento desde un punto de vista objetivo. A consideración de este colegiado, ello equivale a la ausencia de fundamento objetivo que constituye el primer elemento del precedente jurisprudencial *PRE*”.

La Sala equipara pues la “ausencia de fundamento objetivo” (entendida como falta de causa probable) de la jurisprudencia estadounidense, con el “que no pueda considerarse razonablemente que la acción judicial tiene por objeto hacer valer los derechos de la empresa” del caso europeo.

A nuestro criterio, la Sala hace una lectura incorrecta de la sentencia *Promedia* que, tal como lo indica la resolución de la CLC<sup>56</sup>, contiene un criterio más amplio. La sentencia europea se preocupa por la intención detrás de las acciones legales. Si bien es cierto, en la primera parte del test no intenta encontrar necesariamente cuál es la intención del litigante, sí busca descartar que esta sea la tutela de los derechos del litigante. Es decir, busca descartar que haya un fin legítimo, con lo cual al darse este abuso (al desviar los fines del proceso), se podría configurar un caso de litigación anticompetitiva. De este modo, y respetando la literalidad del criterio europeo, una acción podría tener causa probable y aun así responder a una finalidad que no es la de hacer valer los derechos de la empresa. Por tanto, la sentencia *Promedia* establece un criterio más amplio que el de *PRE* y ampara la existencia de más tipos de abusos procesales como lo hizo la CLC en su resolución.

Sin perjuicio de lo señalado, debemos admitir que la jurisprudencia europea no es completamente tajante ni ha desarrollado más criterios que respalde nuestra interpretación sin duda y que confirme su alejamiento del criterio de *PRE* y una aproximación más coherente con los objetivos y orígenes de la doctrina del *sham litigation*, principalmente encontrados en los iniciales casos de *Noerr* y *California Motor*.

Por otro lado, en lo que concierne a la jurisprudencia nacional, tras resumir algunas sentencias del TC –muchas de las cuales fueron también analizadas en primera instancia– la SC1 concluye que, aunque no haya una doctrina jurisprudencial que establezca un catálogo cerrado de supuestos de abuso de los derechos de acción y petición, la jurisprudencia del TC sería uniforme en exigir la ausencia de fundamento objetivo, como lo haría el caso *PRE*: “[...] lo que resulta relevante notar es que el patrón que subyace a todos los casos en los cuales el Tribunal

Constitucional decidió intervenir para limitar el ejercicio de estos derechos fundamentales es la ausencia razonable de fundamento objetivo o, lo que es lo mismo, una ausencia completa de méritos que se evidencia ante la existencia de un marco legal que informa al demandante de la nula probabilidad de éxito de su pretensión”<sup>57</sup>.

Sobre esta inferencia, se debe tener en consideración, en primer lugar, que el TC no es una instancia judicial cualquiera, sino la última y excepcional instancia únicamente para procesos constitucionales (amparo, hábeas corpus, hábeas data) y siempre que no se haya otorgado la razón al accionante. En tal medida, es de esperarse que no sea prolija la producción jurisprudencial en la que el TC haya tenido oportunidad de pronunciarse sobre casos de abusos de derecho procesal, más aún, alguno que pueda tener ribetes de afectación a la libre competencia.

Los casos más típicos de abuso procesal y que son reseñados en la resolución de la Sala son precisamente los más burdos, los de menor complejidad, como la evidente utilización de la vía legal incorrecta o la reiteración de peticiones previamente desestimadas. Pero esta pequeña muestra de un universo bastante reducido no puede servir de guía para intentar encontrar una jurisprudencia uniforme en el sentido de que solo la ausencia de causa probable sea el único supuesto de abuso de procesos, más aún cuando se ha visto que la propia doctrina y legislación procesal contemplan más ejemplos. Nuevamente, encontramos una falacia de generalización apresurada en la argumentación.

Finalmente, la SC1 también analiza el caso *Pilot*, que, como hemos comentado, es el único caso de abuso de procesos legales anticompetitivos sancionado en la historia del Indecopi antes del caso *Apofer*. A partir de este caso, la Sala intenta también extraer un criterio coherente con el de *PRE*: “198. Lo relevante de este pronunciamiento es que, como criterio de evaluación, tanto la Comisión como la Sala coincidieron en que el indicador del uso predatorio de los mecanismos legales se evidenciaba a partir de la existencia de una pluralidad de acciones que no tenían una causa probable o mérito suficiente (test similar al propuesto en los asuntos *PRE* y *Promedia*), lo cual se advertía del hecho de que fueron declaradas improcedentes o infundadas en su mayoría”.

Sin embargo, y contrariamente a lo que intenta ver la Sala, lo cierto es que lo resuelto en el caso *Pilot* por la CLC, en 2005, y la Sala, en 2007, soslaya totalmente la discusión presente en los casos *PRE* y

*Promedia* respecto a exigir la ausencia de causa probable o no como primer paso para analizar un caso de abuso de procesos.

Como se ha señalado en el acápite II, el caso *Pilot* fue uno en el cual las cuatro acciones legales iniciadas por la empresa infractora habían sido desestimadas. En dicha oportunidad, tanto la CLC como la SC1 hicieron un análisis retrospectivo en el que valoraron el resultado negativo de estas acciones para considerar que se producía un caso de abuso. De hecho, la CLC llegó hasta el extremo de requerir –siempre retrospectivamente– que la mayoría de las acciones legales hayan sido rechazadas.

Si bien el criterio utilizado en *Pilot* dista mucho del que adoptó la CLC –que se apartó expresamente del criterio anterior–, no se puede extrapolar de ahí una coincidencia entre lo resuelto en *Pilot* y lo que se resolvió en *PRE* y el criterio que adopta la SC1 en el caso *Apofer*. Por el solo hecho de proponer un análisis retrospectivo basado en el resultado, el razonamiento de *Pilot* dista mucho no solo de *PRE* sino también de la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia internacional en la materia que presta siempre atención a las intenciones del litigante al momento de iniciar las acciones, con independencia del resultado.

En este sentido, nuestra crítica al pronunciamiento de la SC1, cuando se refiere a jurisprudencia previa, comparada y nacional, recae en el hecho de que la Sala intenta reconciliar sentencias con criterios disímiles y hasta generalizar lo resuelto en casos particulares y distintos al de un caso de libre competencia, con el objetivo de encontrar uniformidad jurisprudencial donde evidentemente no la hay.

#### 4 Inconsecuencia concreta: la aplicación defectuosa de PRE

Dada la discrepancia de criterios entre la CLC y la SC1, se podía anticipar fácilmente un resultado distinto en la evaluación que hicieran estos órganos del abuso de procesos legales denunciado por *Apofer* en contra de *Fetrans*, *Perurail* y demás empresas de su grupo económico. Privilegiando un análisis individual de las acciones legales, en el que la presencia de una causa probable justificaría la interposición de cada una de ellas, la Sala encontró legitimidad en las diversas demandas y peticiones presentadas por las denunciadas, por lo que declaró infundada la denuncia.

Cabe anotar que si bien la SC1 indicó que se debe efectuar un análisis prospectivo, sí tomó en consideración los resultados finales o parciales de algunos de los procesos legales a favor de las denunciadas, puesto que se trataban de elementos que acreditaban la fundamentación objetiva de dichas acciones. En uno de los aspectos más positivos de dicha resolución, la Sala enfatiza que ello no supone una revisión de lo resuelto por las instancias administrativas o judiciales correspondientes, ni mucho menos un avocamiento indebido por parte de la autoridad de competencia:

“229. En este punto, es importante destacar que el optar por un análisis prospectivo no implica, bajo punto de vista alguno, un avocamiento a causas pendientes de competencia de otras autoridades, pues el pronunciamiento de los órganos funcionales del Indecopi no versa sobre la materia controvertida en los procesos en curso. En efecto, en este tipo de casos lo que se analiza es la posible estrategia predatoria del denunciado, lo cual supone evaluar el escenario inicial en el cual planteó sus acciones o peticiones. Es decir, sus reales expectativas de éxito en función del marco legal y jurisprudencial al incoar sus pretensiones.

230. En este escenario, el resultado de los procesos no es determinante para analizar un supuesto de litigación predatoria, siendo que eventualmente ratificaría la existencia de un fundamento objetivo o una causa probable, lo cual, según lo expuesto, debe ser analizado al momento de incoarse el proceso judicial o el procedimiento administrativo”.

Volviendo al análisis de lo resuelto en el caso concreto, si bien discrepamos con el sentido del pronunciamiento final de la SC1, es importante reconocer que ello se debe principalmente al marco conceptual escogido por la Sala que, al seguir el criterio de *PRE* e ignorar otros supuestos de abuso de procesos –algunos de los cuales sí había reconocido, pero luego inadvertido en su propia resolución–, limitó sus propias posibilidades de evaluar otras manifestaciones de la ilegitimidad del conjunto de acciones legales interpuestas.

Sin embargo, consideramos que la Sala no respetó el propio criterio escogido al momento de evaluar dos grupos de acciones legales interpuestas por el grupo Perurail: a) las oposiciones a la emisión de los permisos de operación y b) las repetidas solicitudes de modificación del REA de Fetrans. Aun siguiendo las pautas de *PRE*, la Sala habría tenido que considerar que las acciones legales seguidas en estos

grupos de casos sí podrían calificar de anticompetitivas, no obstante, la evaluación seguida por la Sala en estos extremos fue demasiado laxa.

En el caso de los permisos de operación de los nuevos operadores ferroviarios (Andean Railways, Wyoming Railways e Inca Rail), la CLC había considerado en primera instancia dos factores para descartar la legitimidad de las acciones legales de Fetrans y PTR (primer elemento del test): i) los escasos beneficios que generaban estas acciones –ya que el aludido objetivo de velar por la idoneidad de los operadores ferroviarios sería tutelable por otros caminos legales como el control del acceso a la vía férrea–, y ii) la falta de expectativa de triunfo al oponerse al otorgamiento de los permisos, utilizando argumentos que habían sido desestimados previamente.

En el criterio escogido por la SC1, el primero de los factores (beneficios < costos del litigio) no sería tomado en cuenta. Sin embargo, sí correspondía analizar el segundo de los factores, pues precisamente reflejaban –a interpretación de la CLC– la ausencia de un fundamento objetivo, en el sentido de que era esperable que las acciones de Fetrans y PTR tuvieran un resultado negativo, como efectivamente sucedió.

La Sala sí advirtió este antecedente, pero optó por considerar que de todas formas las acciones legales sí contaban con un fundamento objetivo: “299. *De la revisión de los recursos presentados por Fetrans se advierte que los argumentos señalados por la Comisión (identificación de sus accionistas, deficiencias del contrato de gestión y designación de personal clave) también fueron invocados en las oposiciones y recursos presentados durante la primera etapa y no fueron acogidos por la autoridad competente.*

300. No obstante, este colegiado considera que *atendiendo al fundamento objetivo del solicitante –la responsabilidad solidaria recogida en el contrato de concesión–, el insistir en el marco de un procedimiento adicional por cada empresa en investigar con mayor rigurosidad sobre la vinculación entre los agentes, la gestión y personal clave de los potenciales operadores no representa una conducta temeraria por parte de Fetrans. En particular, si aquellos cuestionamientos no fueron rechazados in limine y abordan aspectos que también revelan la idoneidad técnica del entrante.*

301. *Durante la primera etapa, las oposiciones y recursos fueron acogidos por las autoridades, lo cual evidencia la expectativa de éxito que respaldaban sus pretensiones. En la segunda etapa, aunque finalmente fueron desestimados sus recursos, podría afirmarse que con-*

*taban con una causa probable que podía haber determinado una reevaluación por parte de la autoridad a cargo del procedimiento*” [cursivas nuestras].

Existen dos importantes problemas en la argumentación de la Sala. El primero, y más grave, consiste en el significado del término “fundamento objetivo”. Como hemos visto a lo largo del artículo, la ausencia de fundamento objetivo es entendida por *PRE* y por la propia *SC1* como la falta de una expectativa razonable de triunfo, como la ausencia de una causa probable. Así, si un litigante razonable sabe que su petición no sería atendida, y de todas formas la presenta, no cuenta con dicho fundamento objetivo, y se podría analizar cuál es la verdadera motivación (presumiblemente anticompetitiva) que sustenta iniciar una acción legal previsiblemente destinada al fracaso.

Pero la Sala es incoherente con este criterio cuando al resolver el caso concreto equipara el fundamento objetivo con la razón que declara *Fetrans* y *PTR* para iniciar las acciones legales: cuidar la responsabilidad solidaria recogida en el contrato de concesión:

“291. En ese sentido, a criterio de este colegiado, *salvaguardar la eventual responsabilidad solidaria del concesionario ante siniestros en la vía férrea resulta un fundamento objetivo suficientemente atendible para sustentar su oposición* al otorgamiento de los permisos de operación presentados por *Andean Railways*, *Wyoming Railways* e *Inca Rail*” [cursivas nuestras].

Cuidar la responsabilidad solidaria de *Fetrans* podría ser el interés declarado del accionante, podría ser un derecho aparentemente reconocido por la ley, pero no es el fundamento objetivo que requiere el criterio de *PRE*. El fundamento objetivo o causa probable lo dan las circunstancias de un caso. Si una ley o, más aún, un pronunciamiento de una autoridad han rechazado las peticiones de una persona o empresa, entonces reiterar tales acciones desde los mismos argumentos, evidentemente, no tendría una causa probable, no tendría un fundamento objetivo.

El segundo, y más patente defecto argumentativo de la *SC1*, consiste en una falacia tipo conclusión irrelevante o *ignoratio elenchi*, es decir, que extrae conclusiones de una premisa que permite sustentar una conclusión distinta. En el citado numeral 301 de su resolución, la Sala trata de argumentar que sí habría expectativa de éxito en las nuevas oposiciones de *Fetrans* y *PTR*, pues en una primera etapa de oposiciones se les dio la razón. Este razonamiento carece de todo asi-

dero, si se tiene en cuenta que el éxito en las primeras oposiciones estuvo sustentado en argumentos distintos. En las primeras oposiciones, Fetrans y PTR utilizaron dos grupos de argumentos: uno que fue favorable (A) y otro que fue negativo (B). En las segundas oposiciones, los accionantes solamente reiteraron el segundo grupo de argumentos (B), el que ya había sido rechazado y que de nuevo tuvo un resultado negativo. Entonces, si el éxito del primer grupo de acciones se debió únicamente a un argumento del tipo A, ¿por qué habría que esperar un nuevo éxito en el segundo grupo de acciones que utiliza un argumento del tipo B, que tenía un antecedente desfavorable? La argumentación de la Sala presenta otro vacío en este aspecto.

El segundo grupo de casos al que hacíamos referencia se da en el contexto de la modificación del REA de Fetrans ante el Ositran. En este grupo de acciones, el abuso procesal se encontraba a criterio de la CLC, principalmente en el retraso que había propiciado Fetrans mediante la presentación de hasta tres propuestas distintas de modificación de su reglamento de acceso. Ello ocasionaba que el procedimiento de modificación no avanzara y, por lo tanto, no se tuviera certeza de las condiciones que debían cumplir los nuevos operadores para utilizar las vías férreas del FSO administradas por Fetrans.

Sin embargo, para la SC1 no hay un problema con estas nuevas solicitudes, puesto que presentaban diferencias entre sí: “328. En el caso de los tres proyectos de modificación del REA planteados por Fetrans, si bien es cierto que se abordan coincidentemente los mismos aspectos (coberturas de los seguros y carta fianza), no se aprecia bajo punto de vista alguno la repetición de fundamentos ni propuestas que den cuenta del uso de una misma vía procesal para plantear simultáneamente una misma solicitud”.

En oposición a lo que señala la Sala, a nuestro criterio, es precisamente esta diferencia entre propuestas lo que ayuda a poner en evidencia la ilegitimidad de la acción de Fetrans. Si se tratara de un pedido idéntico, no habría problema ya que no habría razón para retrasar el proceso de modificación. Son los constantes cambios los que paralizan la modificación, pues se tiene que empezar otra vez el proceso y recoger los comentarios de las partes interesadas a la nueva propuesta, algo que el propio Ositran advirtió como un posible comportamiento abusivo<sup>58</sup>.

Así, la SC1 también deja pasar grupo de acciones legales dentro de una estrategia de prelación legal, un supuesto de entorpecimiento del

proceso que, aunque no necesariamente encaja dentro del restringido criterio de *PRE*, sí había sido reconocido como una práctica de abuso por la propia Sala en el ya citado numeral 169 de su resolución.

## 5 Conclusión: una figura vacía

Más allá del resultado del caso concreto, lo que deja la resolución de la SCI en el caso *Apofer* es un supuesto de abuso de procesos legales, cuyos alcances han sido restringidos de una manera tal que será extremadamente difícil que un caso pueda ser sancionado en el Perú.

Con el criterio escogido por la Sala para analizar los casos de litigación predatoria, se dejan de lado otros supuestos de abusos procesales con potenciales efectos anticompetitivos como la simulación del proceso, el entorpecimiento del proceso o el fraude y corrupción de la autoridad pública (*Walker Process*). Todos ellos son supuestos reconocidos, sea por la legislación nacional, la jurisprudencia extranjera y –lo que es más preocupante– la propia resolución de la Sala. Todos ellos serían soslayados, sin embargo, si se siguiera el juicio de la Sala, en un estándar que resulta incluso más estricto que el del discutible caso *PRE*.

Que una determinada acción legal tenga una causa probable puede ayudar a sostener su legitimidad, pero eso no debe impedir analizar otras evidencias que eventualmente la descarten. En el Perú, lamentablemente, no es difícil que una determinada acción o conjunto de acciones puedan tener cierta apariencia de éxito. Basta revisar algunas medidas cautelares o sentencias de procesos de amparo con casi nula motivación. Si la causa probable fuera el único criterio que seguir, es de esperarse que el Indecopi nunca pueda sancionar un caso de abuso de procesos.

El abuso de procesos es una de las pocas prácticas anticompetitivas unilaterales en las que resulta más evidente la preponderancia de los efectos restrictivos de la competencia por encima de las eficiencias competitivas. En efecto, para que se configure la infracción es necesario que las acciones sean ilegítimas, es decir, que no busquen verdaderamente tutelar los intereses del accionante. Por consiguiente, una vez probada esta ilegitimidad, difícilmente se podría argumentar la presencia de alguna eficiencia que justifique el inicio de los procesos y los efectos perjudiciales que generarían sobre la competencia.

La litigación predatoria no enfrenta las limitaciones de la predación de precios, es menos costosa y los beneficios obtenidos son más seguros, lo que facilita su aplicación. Asimismo, los costos de emprender estas acciones legales usualmente no están relacionados con las ventas o costos de producción, incentivando a los incumbentes a realizarlas obteniendo beneficios netos positivos de la afectación a la competencia.

A pesar de los graves efectos negativos de esta práctica, se trata ahora de una figura vacía. Nació en el Perú en 1996 con el caso *Lebar*; alcanzó una pronta madurez en 2008, con su reconocimiento expreso en el Decreto Legislativo 1034; y pereció con el caso *Apofer* en 2011. Q. E. P. D.

## NOTAS

- 1 Traducción libre de: “[...] as a competition system achieves success in attacking private restraints, it increases the efforts that firms will devote to obtaining public restraints”. Muris (2003), p. 2.
- 2 Asociación de Operadores de Ferrocarriles del Perú (Apofer) contra Ferrocarril Transandino, Perú Rail, Peruval Corp. y Peruvian Trains & Railways (Expediente 009-2008/CLC).
- 3 Se suelen considerar como prácticas exclusorias a los precios predatorios, acuerdos de atadura, negativas de trato, acuerdos de exclusividad, entre otras. Ver Posner (1974), pp. 506-508 y Salop (2006), pp. 311-312.
- 4 Cabe señalar que no todas prácticas predatorias basadas en precios requieren que el predador reduzca los precios en un primer momento hasta el punto que perciba pérdidas en el corto plazo. Se puede dar que la empresa establecida sea un monopolio que opere a costos inferiores que sus potenciales competidores. Así, puede reducir el precio por debajo del costo de sus rivales sin percibir pérdidas por esta acción. Ver Edlin (2001), pp. 945-947.
- 5 Ver Motta (2004), p. 442.
- 6 Ver Ordovery y Saloner (1989), p. 562.
- 7 Esta condición se refuerza en el caso de que los mercados financieros enfrenten asimetrías de información. Ver Motta (2004), p. 421.
- 8 Ver Sullivan (1991), p. 5.
- 9 Para mayor detalle de algunas prácticas predatorias no basadas en precio ver Ordovery y Saloner (1989), pp. 563-566.

- 10 Adicionalmente, se pueden distinguir dos tipos de prácticas no basadas en precios. El primer tipo de prácticas buscan incrementar el costo de los competidores, desplazándolos del mercado. En este tipo de práctica el precio y los costos se incrementan paralelamente, de forma tal que el predador no incurre en pérdidas en el corto plazo. Salop y Scheffman presentaron formalmente un modelo de incremento de costos de los rivales como práctica predatoria no basada en precios. Ver Salop y Scheffman (1983), pp. 267-271. Para un análisis más reciente véase Scheffman y Higgins (2003), pp. 371-388. El segundo tipo de prácticas busca retrasar la entrada de un nuevo competidor e incluso evitarla, de forma tal que el costo de entrada se incremente considerablemente.
- 11 La litigación predatoria es un tipo de litigación estratégica que se genera por los problemas de información limitada de las partes del proceso (demandante y demandado). En este contexto, las partes tienen incentivos a comportarse estratégicamente, desde la expectativa de influir en el valor del litigio. Las partes pueden presentar acciones legales que no tengan mucho valor por su propio mérito, solo con el objetivo de influir en su contraparte y así obtener un mayor beneficio. Ver Klein (1989), pp 15-16.
- 12 Por ejemplo, acciones legales que buscan impedir la entrada de un competidor permiten incrementar el precio por encima del nivel competitivo (colateral). El valor de la acción legal para la empresa predatoria está en el efecto anticompetitivo que tiene.
- 13 En otros términos, si B es el beneficio esperado de entablar una acción legal basada solo en su propio mérito, C es el costo de realizar la acción legal y BC es el beneficio colateral asociado a la acción legal y que es obtenido a partir de los efectos anticompetitivos de la conducta (por ejemplo, del incremento de precios), la litigación se considera predatoria cuando C es mayor a B y BC es mayor a C. Ver Klein (1989), pp. 17-19.
- 14 Algunos estudios encuentran que los costos legales de las empresas como proporción sus ventas tienden a reducirse a medida que aumenta el nivel de ventas, ver Pashigian (1982), pp. 247-270.
- 15 Ver Klein (1989), p. 25.
- 16 Un paso importante para evaluar la ilegalidad de la litigación predatoria es establecer la relación de causalidad entre la práctica y el daño que la misma puede causar sobre los competidores y los consumidores.
- 17 En general, en el caso de prácticas exclusorias el análisis de efectos debe considerar las distintas etapas que comprenden dichas prácticas. Se puede diferenciar tres etapas: i) desgaste, donde la empresa afectada experimenta una reducción de su participación de mercado (desplazamiento), ii) recupe-

- ración, en la cual la empresa predatora obtiene niveles altos de beneficios producto de la práctica anticompetitiva, y iii) crecimiento, donde los competidores afectados recuperan su participación y la intensidad competitiva se restablece. Ver Fumagalli y otros (2010), p. 225.
- 18 Se puede utilizar una serie de modelos de la organización industrial y herramientas matemáticas y estadísticas para estimar los cambios directos e indirectos en el bienestar de las prácticas predatorias. Ver Buccirosi (2010), p. 254.
- 19 Ver Rubinfeld (2012), pp. 379-380. De la combinación de ambos enfoques se obtiene el modelo en diferencias. Adicionalmente, se puede emplear modelos de simulación para evaluar la robustez de los cálculos obtenidos. Ver Fumagalli y otros (2010), pp. 232-233.
- 20 Derecho de petición recogido en la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances”.
- 21 *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight Inc.* 365 U.S. 127 (1961).
- 22 Traducción libre de: “The right of the people to inform their representatives in government of their desires with respect to the passage or enforcement of laws cannot properly be made to depend upon their intent in doing so”. Ídem.
- 23 *United Mine Workers v. Pennington* 381 U.S. 657 (1965).
- 24 Traducción libre de: “Joint efforts to influence public officials do not violate the antitrust laws even though intended to eliminate competition”. Ídem.
- 25 *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited* 404 U.S. 508 (1972).
- 26 Traducción libre de: “ostensibly directed toward influencing governmental action, is a mere sham to cover what is actually nothing more than an attempt interfere directly with the business relationships of a competitor”. *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight Inc.* 365 U.S. 127 (1961).
- 27 Cfr. Hovenkamp (1999), p. 687.
- 28 *City of Columbia & Columbia Outdoor Advertising v. Omni Outdoor Advertising*, 499 U.S. 365 (1991).
- 29 Cfr. ídem, p. 688.
- 30 *Professional Real Estate Investors Inc. v. Columbia Pictures Industries Inc.* 508 U.S. 49 (1993).
- 31 Traducción libre de: “First, the lawsuit must be objectively baseless in the

- sense that no reasonable litigant could realistically expect success on the merits. If an objective litigant could conclude that the suit is reasonably calculated to elicit a favorable outcome, the suit is immunized under Noerr, and an antitrust claim premised on the sham exception must fail. Only if the challenged litigation is objectively meritless may a court examine the litigant's subjective motivation. Under this second part of our definition of sham, the court should focus on whether the baseless lawsuit conceals 'an attempt to interfere directly with the business relationships of a competitor', [...] through the use [of] the governmental process as opposed to the outcome of that process as an anticompetitive weapon". Ídem.
- 32 Resolución 057-96-INDECOPI/CLC, del 8 de abril de 1996, en el procedimiento seguido por Lebar contra Asesoría Comercial (ACOSA) y la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicio del Perú (AGESP).
- 33 Resolución 037-2005-INDECOPI/CLC, del 4 de julio de 2005, en el procedimiento seguido por la Asociación Peruana de Operadores Portuarios y otros contra Pilot Station y otros.
- 34 Resolución 0407-2007/TDC-INDECOPI, del 22 de marzo de 2007, en el procedimiento seguido por la Asociación Peruana de Operadores Portuarios y otros contra Pilot Station y otros.
- 35 Resolución 037-2005-INDECOPI/CLC.
- 36 Resolución 006-2007-INDECOPI/CLC, del 31 de enero de 2007, en el procedimiento seguido por Compañía Cervecera Ambev Perú contra Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston y otros:
- “En este caso, los municipios no estarían actuando como agentes económicos que se dedican a la comercialización de bienes o servicios, sino que, invocando el cumplimiento de las funciones municipales asignadas, en algunos casos, otorgan la autorización exclusiva para la publicidad y la comercialización de cervezas en eventos del municipio, bienes de propiedad municipal y/o espacios públicos y privados, e incluso, trasladarían la exclusividad en la comercialización a terceros a quienes resulte oponible el convenio”.
- 37 Resolución 2047-2007/TDC-INDECOPI, del 24 de octubre de 2007, en el procedimiento seguido por Compañía Cervecera Ambev Perú contra Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston y otros.
- 38 Resolución 026-2010/CLC-INDECOPI, del 3 de mayo de 2010, en el procedimiento seguido por Apofer contra Fetrans y otras (Exp. 009-2008/CLC).
- 39 Decreto Legislativo 1034.
- 10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio, tales como:
- [...]

- f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia.
- 40 Ver numeral 95 de la Resolución 026-2010/CLC-INDECOPI.
- 41 Ver numeral 96 de la Resolución 026-2010/CLC-INDECOPI.
- 42 Ver numeral 97 de la Resolución 026-2010/CLC-INDECOPI.
- 43 Ver numeral 99 de la Resolución 026-2010/CLC-INDECOPI.
- 44 Ver entre otros: American Bar Association (2009), p. 65. Myers (1994), p. 49. Lao (2003), p. 50. Perrine (1995). FTC (2006), pp. 29-35.
- 45 Números 178 a 180 del Informe 002-2010-INDECOPI/ST-CLC, del 2 de marzo de 2008.
- 46 Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp., 382 U.S. 172 (1965).
- 47 Artículo 2 de la Sherman Act.
- 48 Numeral 215 de la resolución de la SC1 en el caso *Apofer*.
- 49 El razonamiento de la Sala en este punto se muestra claramente en los siguientes párrafos de su resolución en el caso *Apofer*:  
“217. Al respecto, la Sala discrepa con dicha posición, pues considera que la opción de aumentar el espectro de posibilidades de lograr un resultado favorable es una decisión legítima que se enmarca dentro de la estrategia procesal que adopte cada sujeto de derecho.  
218. La posibilidad de que una pretensión o petición no sea amparada en una determinada vía procesal está siempre latente, con lo cual los demás litigios iniciados se convierten en una suerte de mecanismos de “diversificación del riesgo”, a fin de que el interés subjetivo que se pretende tutelar no quede desamparado completamente de denegarse el mérito en alguna de las vías procesales.  
219. En algunos casos, el sistema legal establece expresamente que no se puede utilizar una vía legal sin que previamente se haya recurrido a otra. En otros supuestos, establece que no se puede acudir a dos vías procesales simultáneamente. Sin embargo, si el propio sistema legitima la utilización de vías paralelas, ello no debe ser calificado de un indicio concluyente del ejercicio irregular de los derechos de acción y petición”.
- 50 En los siguientes párrafos se encuentra el desarrollo de la Sala en el caso *Apofer* sobre el particular:  
“223. No obstante, la ponderación del costo del proceso frente a los beneficios que se desprenden de un eventual resultado favorable es un elemento indicador de muy difícil medición, que abre el camino para la arbitrariedad de la autoridad y, consecuentemente, aumenta los riesgos de una intervención desmedida sobre los derechos de petición y acceso a la justicia. Cier-

tamente, todo proceso puede traer beneficios que no necesariamente son apreciables por la autoridad y que van más allá de la restitución de la situación jurídica que se alega como pretensión.

224. Así, por ejemplo, una demanda amparada puede dotar de mayor credibilidad a una empresa en el mercado, con una serie de efectos colaterales inapreciables tales como mejorar su relación frente a las autoridades, posicionar su imagen frente a sus consumidores, incrementar inmediatamente el valor de sus acciones en el mercado bursátil, entre otros.

225. Por ello, dado que resulta muy difícil determinar con exactitud el impacto a nivel de beneficios y costos que importa una medida legal, no cabe considerar este criterio expuesto por la Comisión para establecer la simulación en el ejercicio de los derechos procesales”.

51 694 F.2d 466 Grip-Pak, Inc. v. Illinois Tool Works, Inc.

52 El juez Stevens refiere que “puede no ser razonablemente objetivo entablar una demanda solo porque se espere alguna forma de éxito en los méritos –sin importar cuán insignificante–”. Traducción libre. Professional Real Estate Investors Inc. v. Columbia Pictures Industries Inc. 508 U.S. 49 (1993).

53 El criterio de la SCI implicaría descartar el cálculo de los beneficios económicos de una conducta anticompetitiva cuando sea difícil realizarlo, siendo un criterio muy restrictivo. Al respecto, se pueden plantear escenarios que permitan estimar dichos beneficios considerando los efectos asociados a la conducta evaluada. La discrecionalidad de la autoridad de competencia se ve limitada, ya que requiere motivar de manera adecuada el escenario planteado, teniendo un papel importante el análisis económico.

54 Estas críticas y propuestas alternativas están reseñadas en los numerales 106 a 112 de la Resolución de la CLC en el caso *Apofer*.

55 Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta ampliada), del 17 de julio de 1998. – ITT Promedia NV c. Comisión de las Comunidades Europeas. Asunto T-111/96.

56 Resolución de la CLC en el caso *Apofer*:

“114. Así, para analizar la posible existencia de un abuso del derecho de acción o petición, la Comisión Europea en el caso Promedia (a diferencia del caso PRE) se preguntaba si el objetivo de una acción legal era, razonablemente, hacer valer los derechos del solicitante o no. Como se puede apreciar, esta decisión del órgano comunitario europeo, al igual que las sentencias de las Cortes de Apelaciones de Estados Unidos, la doctrina y la posición de la FTC, comentadas en el numeral 107 al 112 de la presente resolución, resultan coincidentes en dar preponderancia en el análisis de un presunto abuso de procesos legales o *sham litigation* a las motivaciones razonables

que podría tener un litigante al momento de iniciar las acciones legales. Es decir, para definir si un agente económico hace o no un ejercicio legítimo de sus derechos de acción o petición, corresponde atender a aquellos elementos o indicadores que puedan evidenciar si, al momento de iniciar dichas acciones legales, el móvil era el de obtener la atención de sus intereses o era, en realidad, el de afectar la competencia valiéndose de los procesos legales para dicho objetivo”.

57 Numeral 166 de la resolución de la SC1.

58 Resolución 013-2008-CD-OSITRAN, del 27 de febrero de 2008:

“[...] FETTRANS tiene expedito su derecho de solicitar las modificaciones del REA que crea conveniente, respetando el marco legal vigente. Ello implica que el ejercicio de dicho derecho no debe constituir un ejercicio abusivo del mismo, dado que no se puede ejercer la atribución legal contrariando los dictados de la BUENA FE o desviándola del fin para el cual ha sido reconocida”.

## BIBLIOGRAFÍA

- American Bar Association. “Section of Antitrust Law” (2009). Monograph 25, The Noerr-Pennington Doctrine.
- BUCCIROSSI, P. (2010). “Quantification of Damages in Exclusionary Practice Cases”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 1, nro. 3, pp. 252-256.
- CALDERÓN, A. (2010). “Estado *versus* Competencia: cuando el Estado provoca el incumplimiento de las leyes de defensa de la competencia”. Tesis para optar por el título de abogado.
- EDLIN, A. S. (2002). “Stopping Above-Cost Predatory Pricing”, *The Yale Law Journal*, vol. 111, pp. 941-991.
- Federal Trade Commission (2006). *Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine*. An FTC Staff Report.
- FUMAGALLI, C.; J., Padilla y Polo, M. (2010). “Damages for Exclusionary Practices: A Primer”. En: F. F. Etro y I. I. Kokkoris (editores). *Competition Law and the Enforcement of Article 102*, Oxford University Press.
- HOVENKAMP, H. (1999). *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*. Segunda edición. West Group.
- KLEIN, C. C. (1989). “The Economics of Sham Litigation: Theory, Cases, and Policy. Federal Trade Commission”. *Bureau of Economics*.
- LAO, Marina (2003). “Reforming the Noerr-Pennington Antitrust Immunity Doctrine”. *55 Rutgers Law Review* 965, Verano.

- MOTTA, M. (2004). *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge University Press.
- MURIS, T. (2003). "State Intervention/State Action – A U.S. Perspective". *George Mason Law & Economics Research Paper*, nros. 4-18. Fordham Annual Conference on International Antitrust Law & Policy.
- MYERS, Gary (1994). "Antitrust and First Amendment Implications of Professional Real Estate Investors", 51 *Washington & Lee Law Review* 1199, Otoño.
- ORDOVER, J. A. y Saloner, G. (1989). "Predation, Monopolization, and Antitrust". En Schmalensee, R. y Willig, R. *Handbook of Industrial Organization*, vol. 1, Elsevier.
- PASHIGIAN, B. P. (1982). "A Theory of Prevention and Legal Defense with an Application to the Legal Costs of Companies". *Journal of Law and Economics*, vol. 25, nro. 2, pp. 247-270.
- PERRINE, James (1995). "Defining the Sham Litigation" Exception to the Noerr-Pennington Antitrust Immunity Doctrine: An Analysis of the Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures Industries Decision". 46 *Alabama Law Review* 815, Primavera.
- POSNER, R. A. (1974). "Exclusionary Practices and the Antitrust Laws". *The University of Chicago Law Review*, vol. 41, nro. 3, pp. 506-535.
- RUBINFELD, D. L. (2012). "Antitrust Damages". En: Elhauge, E., *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law*, Edward Elgar Publishing.
- SALOP, S. (2006). "Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Standard". *Antitrust Law Journal*, vol. 73, pp. 311-374.
- SALOP, S. C. y D. T. SCHEFFMAN (1983). "Raising Rival's Costs". *The American Economic Review*, vol. 73, nro. 2, pp. 267-271.
- SCHEFFMAN, D. T. y HIGGINS, R. S. (2003). "Twenty Years of Raising Rivals Costs: History, Assessment, and Future". *George Mason Law Review*, vol. 12, nro. 2, pp. 371-388.
- SULLIVAN, E. T. (1991). "Nonprice Predation Under Section 2 of the Sherman Act", vol. 18, nro. 4, American Bar Association.