

DAVID FERNÁNDEZ FLORES<sup>1</sup>

«The only thing scarier than Godzilla is Godzilla's lawyers»

Paul Watson

## Resumen

*En los últimos años, pocos tópicos de discusión académica en materia de competencia han generado mayor interés y debate que el del abuso de procesos legales, figura también conocida como litigación predatoria o sham litigation. Esta discusión ha sido motivada, por un lado, por el reconocimiento expreso de dicha figura como un supuesto de abuso de posición de dominio bajo la Ley de Libre Competencia y, por otro, por los distintos pronunciamientos emitidos por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, esta última, calificando la conducta como una infracción a la cláusula general recogida en la Ley de Competencia Desleal. Recientemente, el Tribunal del Indecopi ha ratificado la existencia de una «jurisdicción alternativa» entre ambas comisiones para conocer supuestos el abuso de procesos legales, según el agente investigado cuente o no con una posición de dominio.*

*En el presente artículo, el autor examina la tesis, acogida por parte de la doctrina peruana, que afirma que el abuso de procesos legales no corresponde al canon de conductas típicamente sancionables bajo las normas de libre competencia y que, en cambio, debería tratarse –principal o exclusivamente– como un supuesto de infracción a las normas de competencia desleal. En base a un conjunto de argumentos de índole económico, jurídico y práctico, el autor concluye que la referida tesis carece de sustento y que lejos de ser una opción plausible, puede incidir negativamente sobre el desarrollo eficiente de los agentes económicos en el mercado y sobre el ejercicio legítimo de sus derechos de acción y petición. A criterio del autor, las normas de libre*

---

\* Las opiniones vertidas en este artículo representan la visión exclusiva del autor sobre las diferentes materias abordadas y no comprometen en modo alguno la posición de los órganos resolutivos y otras áreas del Indecopi.

<sup>1</sup> Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Bachiller en Derecho (2010). University of Oxford, Capacity Building Programme (2013). ESAN, Diplomado en Derecho Administrativo (2014). Primer puesto en los Cursos de Extensión Universitaria del Indecopi (2010) y del Osiptel (2011). Ha sido asistente de cátedra en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (2011-2012), Universidad de Ciencias Aplicadas (2012-2013), Pontificia Universidad Católica del Perú (2012-2013) y Academia de la Magistratura (2013-2014). Ha sido profesor para la Escuela de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi (2013-2015). Ha sido Asistente Legal del Área de Competencia del Estudio Muñoz Ramírez, Pérez-Taiman y Olaya (2010-2011). Actualmente, es Analista de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi.

El presente artículo corresponde a una de las secciones de la tesis preparada por el autor para optar al título de abogado ante la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

competencia deben desplazar a las de competencia desleal en el análisis del abuso de procesos legales, circunscribiendo dicha figura a supuestos de litigación predatoria.

**Palabras clave:** competencia, libre competencia, competencia desleal, abuso de procesos, predación, *Sham litigation*, derecho de acción, derecho de petición

## I. INTRODUCCIÓN

Hace poco más de una década, los problemas que ocupaban el debate cotidiano de nuestros expertos en libre competencia tenían un carácter predominantemente general. En efecto, en ese entonces se discutía extensamente, por ejemplo, acerca de la aplicación de una regla *per se* para sancionar cárteles, la definición del mercado relevante y la posición de dominio, la ilegalidad de las conductas explotativas —en particular, los precios abusivos— o la necesidad de un control de concentraciones, entre otros.

En los últimos años, en cambio, las discusiones en materia de competencia se han tornado más específicas: desde el alcance de las facultades de investigación de la autoridad de instrucción (como en el caso de las visitas de inspección) y la aplicación de las normas de competencia frente a determinadas regulaciones (como es el caso de las normas de propiedad intelectual y las licencias obligatorias); hasta la introducción de sanciones penales para cárteles y, por supuesto, la evaluación de determinadas conductas intrincadas como el abuso de procesos legales.

Precisamente, el objeto del presente trabajo será el abuso de procesos legales (con frecuencia denominado *sham litigation* o litigación predatoria). Sin embargo, incluso este tema, tiene diversas aristas que el debate académico ha abordado bajo distintas perspectivas. Una de esas aristas es la definición de una metodología adecuada para la evaluación del abuso de procesos legales como conducta anticompetitiva, tema que es materia de análisis por el autor en un trabajo más extenso. El interés central del presente artículo es abordar otro aspecto del abuso de procesos legales: la aplicación —bien concurrente o bien excluyente— de las normas de libre competencia y de las normas de competencia desleal frente al abuso de procesos legales.

Específicamente, en el presente trabajo se examina la tesis que señala que el abuso de procesos legales no corresponde al canon de conductas típicamente sancionables bajo las normas de libre competencia y que, en cambio, debería tratarse —principal o exclusivamente—, como un supuesto de infracción a las normas de competencia desleal. En base a los argumentos que se desarrollan a continuación, se concluye que la referida tesis carece de sustento, y que lejos de ser una opción plausible, puede incidir

negativamente sobre el desenvolvimiento eficiente de los agentes económicos en el mercado y sobre el ejercicio legítimo de sus derechos de acción y petición.

## II. LA HIPÓTESIS: LA REPRESIÓN DE LA LITIGACIÓN PREDATORIA DEBE ORIGINARSE EN LAS NORMAS DE COMPETENCIA DESLEAL, DESPLAZANDO A LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA

Como se desarrolla a continuación, tanto el debate académico a nivel nacional, como la jurisprudencia administrativa del Indecopi<sup>2</sup>, han desarrollado la idea de la aplicación de las normas de represión de la competencia desleal, frente a supuestos de abuso de procesos legales, con algunas diferencias marcadas. Mientras que en el Indecopi se ha reconocido de manera sostenida, que el abuso de procesos legales, puede constituir tanto una infracción a las normas de libre competencia como a las normas sobre competencia desleal; para un marcado sector académico, tal infracción únicamente debería ser analizada desde las normas sobre competencia desleal.

### 2.1. En la doctrina peruana

A raíz de las discusiones en torno a casos de abuso de procesos legales como infracciones a las normas de libre competencia (específicamente, «*Pilot*»<sup>3</sup> y «*Apofer*»<sup>4</sup>), un sector de la doctrina peruana ha esbozado o defendido la tesis de utilizar las normas de represión de la competencia desleal, en lugar de las de libre competencia, para enfrentar lo que consideran una afectación a la *buena fe* que debe regir las relaciones comerciales.

Así, por ejemplo, Stucchi (2007) ha señalado que el «*indebido ataque procesal*» –equivalente al abuso de procesos legales aquí estudiado– se encontraba prohibido por la cláusula general de la antigua Ley de Represión de la Competencia Desleal<sup>5</sup>. En principio, Stucchi observó que bajo cláusula general es ilícita «*toda conducta que sea contraria: i) a la buena fe comercial; ii) al normal desenvolvimiento de las actividades económicas; y, iii) a las normas de*

<sup>2</sup> El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, autoridad administrativa peruana en materia de libre competencia y de competencia desleal.

<sup>3</sup> Asociación Peruana de Operadores Portuarios y otros contra Pilot Station S.A. y otros, Resolución 037-2005-INDECOPI/CLC del 4 de julio de 2005, y Resolución 0407-2007/TDC-INDECOPI del 22 de marzo de 2007. Denuncia tramitada bajo el Expediente 005-2002/CLC.

<sup>4</sup> Asociación Peruana de Operadores de Ferrocarriles del Perú – APOFER contra Ferrocarril Transandino S.A. (Fetrans), Perú Rail S.A. (Perurail), Peruvian Trains & Railways (PTR) y Peruval Corp. S.A. (Peruval). Denuncia tramitada bajo el Expediente 009-2008/CLC, resuelto en primera instancia por la Resolución 026-2010/CLC-INDECOPI del 3 de mayo de 2010 y en segunda instancia por la Resolución 1351-2011/SCI-INDECOPI del 27 de julio de 2011.

<sup>5</sup> Decreto Ley 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, publicada el 29 de diciembre de 1992.

corrección que deben regir las actividades económicas»<sup>6</sup>. Concluyó que estos tres supuestos se resumen en una afectación a la «buena fe comercial objetiva», cuyo contenido definió en los siguientes términos:

*«La buena fe comercial objetiva se verifica en aquella conducta concurrencial destinada a lograr o pretender lograr la preferencia de los demandantes por causa de la eficiencia de los propios bienes o servicios, al ofrecer en ellos mejores combinaciones de precio y calidad que los competidores. La contravención a la buena fe comercial objetiva se produce al lograr o pretender lograr la preferencia de los demandantes por causas distintas a la propia eficiencia.»<sup>7</sup>*

Considerando que los actos de «indebido ataque procesal» son conductas contrarias a la buena fe comercial objetiva, en línea con los pronunciamientos de la entonces Comisión de Represión de la Competencia Desleal, Stucchi ubicó este supuesto dentro de la categoría de actos a los cuales alcanza la cláusula general, considerando lo siguiente:

*«[L]os actos de indebido ataque procesal [son] aquéllos capaces de entorpecer, encarecer, obstaculizar, dificultar o impedir la actividad comercial de otro concurrente mediante el ejercicio ilegítimo, fraudulento o carente de fundamento, de los derechos de acción o de petición que corresponden a todo sujeto de derecho.»<sup>8</sup>*

Por su parte, Cáceres (2008), cuestionando la tipificación del abuso de procesos legales como conducta contraria a las normas de libre competencia –en la recién publicada Ley de Libre Competencia<sup>9</sup>–, observó lo siguiente:

*«[E]l abuso del derecho de acción puede afectar severamente el proceso competitivo en un país con calidad regulatoria media-baja como el nuestro. Pero no parece tratarse de un problema de libre competencia, sino de competencia desleal (...) En el primer caso la intervención se da ante distorsiones en la asignación de recursos derivadas del ejercicio de poder de mercado –independiente o creado artificialmente. Mientras en el segundo la intervención responde a la distorsión de la información que fluye hacia los consumidores, o ante el fraude a los competidores. El uso abusivo de procesos administrativos y judiciales parecería encajar cómodamente dentro de esta última justificación, junto a la violación de secretos empresariales y la violación de normas.»<sup>10</sup>*

<sup>6</sup> Stucchi, Pierino, *La cláusula general como elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal enunciados y no enunciados*, Themis 54, 2007, p. 293.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 294.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 301.

<sup>9</sup> Nos referimos a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada por el Decreto Legislativo 1034, publicado el 25 de junio de 2008 y recientemente modificada por el Decreto Legislativo 1025, publicado el 23 de setiembre de 2015.

<sup>10</sup> Cáceres Freyre, Fernando, *El Abuso de Procedimientos Administrativos y Judiciales. ¿Cuánto poder necesita el «Diablo»?*, Enfoque Derecho, Año 7, N.º 76. Septiembre 2008, p. 6.

Desarrollando esta idea, Figari y Pineda (2009) observaron que era inapropiado al abuso de procesos legales como contrario a las normas de libre competencia. Debido a que un agente económico no necesita de una posición de dominio para llevar a cabo dicha conducta de forma exitosa:

*«[C]onsideramos que el literal f del numeral 10.2 del artículo 10 [de la Ley de Libre Competencia] no se debió incluir, ya que (...) para que se configure este supuesto no es necesario el ejercicio de una posición dominante, sino solo tener medianos recursos y un abogado con conocimientos promedio y contactos para crear barreras de entrada por abuso de acciones legales.*

*(...) [P]uede suceder que una empresa con posición de dominio en el mercado desarrolle dichas prácticas [de abuso de procesos legales], lo cual resultará accidental o secundario, pero, por sus características, estas no constituyen un ejercicio de dicho poder de mercado.»<sup>11</sup>*

Atendiendo a que la posición de dominio constituye –para los autores–, un elemento circunstancial para la configuración de un abuso de procesos legales, el reproche desde las normas de competencia desleal sería más adecuado que el de las de libre competencia:

*«[P]ara que la utilización abusiva de procesos legales, o cualquier otra práctica de tipo “individual”, se configure como abuso de posición de dominio, ésta la debe realizar un agente del mercado, el cual debe tener previamente una posición de dominio en dicho mercado, de tal forma que sus acciones puedan constituir un abuso de la posición que ostenta. De lo contrario, no podría hablarse de una tipificación bajo las normas de libre competencia, y estaríamos ante una práctica regular en el mercado, o, en todo caso, de una práctica sancionable por el derecho de la competencia desleal, siempre que tipifique dentro de las normas del Decreto Legislativo 1044, incluida su cláusula general.»<sup>12</sup>*

Sin perjuicio de ello, Figari y Pineda (2009) indicaron que un agente con alguna ventaja financiera, en comparación con otros agentes económicos, puede tener mejores resultados creando barreras a la entrada mediante procesos legales:

*«[L]o más relevante para afectar al mercado mediante acciones legales sería la espalda económica del agente que crea las barreras de entrada, lo que no implica posición de dominio, y aun siendo eso bastante discutible, ya que en un país como el Perú no*

<sup>11</sup> Figari, Héctor y John Pineda, *Más vale maña que fuerza: el abuso de las normas de libre competencia*, En: Economía y Derecho, UPC, vol. 6, 24, 2009, p. 101.

<sup>12</sup> Ídem.

*se necesita, necesariamente, de una gran espalda económica para poner barreras de entrada por el ejercicio abusivo de acciones legales.»<sup>13</sup>*

La misma tesis han asumido, entre otros, Zúñiga (2009) y Rodríguez (2010), quienes básicamente han coincidido con la postura antes comentada. Sustentada en la falta de conexión entre la posición dominante y el daño a la competencia. Al respecto, Zúñiga señaló lo siguiente:

*«No pretendemos negar, por cierto, que la interposición de procedimientos administrativos o judiciales (sobre todo si se realiza a gran escala y en diversos fueros) puede ser un arma efectiva para demorar el ingreso de una empresa al mercado o incluso expulsarla de éste. Sin embargo, dichos recursos poco tienen que ver con el poder de mercado de la empresa que los utiliza. A lo mucho, la empresa que recurre a estos desleales mecanismos podrá contar con “bolsillos profundos” que le permitirán interponer más procesos de los que interpondría una empresa con un menor poder de mercado.»<sup>14</sup>*

Por su parte, Rodríguez enfatizó la desconexión entre posición de dominio y el resultado lesivo al señalar lo siguiente:

*«A nuestro juicio... resulta desacertado que se considere a esta práctica [de abuso de procesos] como una posible conducta sancionable por el Derecho de la Libre Competencia. Una lectura atenta del artículo 10.1 de la normativa pertinente puede darnos luces del desacierto, no sin antes volver a destacar que la legislación vigente considera a la práctica bajo comentario como un posible supuesto de abuso de posición de dominio. (...)*

*La pregunta que debemos hacernos es: ¿el abuso de procesos judiciales o procedimientos administrativos es una práctica que habría sido posible sin la necesidad de que el agente que la realiza cuente con posición de dominio en el mercado? La respuesta es rotundamente sí. En otras palabras, la realización de la conducta (el abuso de procesos judiciales o procedimientos administrativos) no depende de la tenencia de posición de dominio. La puede realizar tanto quien cuenta con poder de mercado como quien no lo tiene.»<sup>15</sup>*

Finalmente, a pesar de no haber sido objeto de debate, la tesis de la aplicación de las normas de competencia desleal para casos de abuso de procesos legales fue también introducida en el caso *Apofer* (2011) por Diez Canseco (2009)<sup>16</sup>, quien observó que,

<sup>13</sup> *Ibíd.*, p. 102.

<sup>14</sup> Zúñiga, Mario, *Luces y sombras de la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas peruana*, Boletín Latinoamericano de Competencia, N.º 25, Febrero 2009, p. 58.

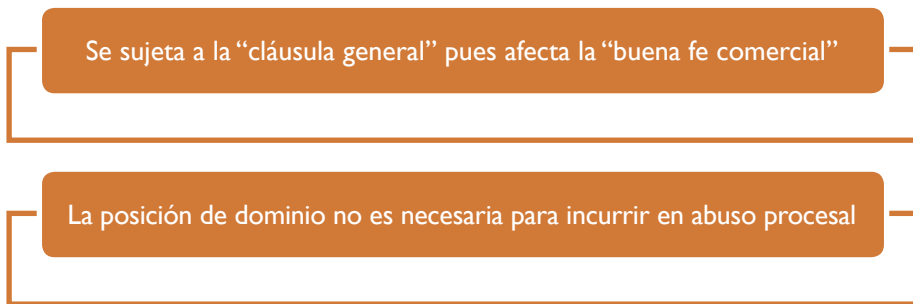
<sup>15</sup> Rodríguez García, Gustavo, *Más sabe el diablo por viejo que por diablo El tratamiento legal del abuso de procesos judiciales y procedimientos administrativos*. En: *Actualidad Jurídica*, N.º 197, Abril 2010, p. 320.

<sup>16</sup> Diez Canseco Nuñez, Luis José, *La Teoría del Abuso de Procedimientos Legales como parte del Derecho Antitrust*

debido a que la figura legal estaba mal ubicada en el espectro normativo, su aplicación a casos concretos debería ser excepcional y residual, atendiendo al riesgo potencial de restringir los derechos fundamentales de acción y petición.

En el siguiente cuadro (Figura N.º 1) resumimos las premisas que para los distintos estudiosos antes citados sustentarían la aplicación –principal o exclusiva– de las normas de competencia desleal frente al abuso de procesos legales.

**FIGURA N.º 1**  
**ARGUMENTOS A FAVOR DE CALIFICAR EL ABUSO PROCESAL COMO**  
**INFRACCIÓN A LAS NORMAS DE COMPETENCIA DESLEAL**



Elaboración propia

Cabe agregar que, sin negar la posible aplicación de las normas de competencia desleal a casos de *sham litigation*, Bullard y Falla (2005)<sup>17</sup>, Rivera (2012)<sup>18</sup>, Quintana (2012)<sup>19</sup>, Calderón y Ortiz (2013)<sup>20</sup>, entre otros, han señalado que las normas de libre competencia sí pueden ofrecer una respuesta frente al abuso de procesos legales como conducta predatoria<sup>21</sup>. No obstante, cada uno de estos autores ha manifestado una visión particular sobre la forma adecuada de analizar dicha conducta y un diagnóstico diverso de la metodología adoptada por el Indecopi en el caso «Apofer» (2011).

y los criterios objetivos para su imputación. A propósito de la denuncia presentada por APOFER en contra de Ferrocarril Trasandino S.A. y otros., Dictamen presentado el 17 de noviembre de 2009 ante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

<sup>17</sup> Bullard, Alfredo y Alejandro Falla, *El abogado del diablo*. En: *Ius et Veritas*, Año XV, 30, 2005.

<sup>18</sup> Rivera Serrano, Alfonso, *Cómo pasar un camello por el ojo de una aguja: Sobre cómo el Indecopi ha dejado prácticamente sin efecto la figura del abuso anticompetitivo de procesos*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N.º 160, Enero de 2012.

<sup>19</sup> Quintana Sánchez, Eduardo, *Cuando los litigios se convierten en una herramienta anticompetitiva*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N.º 160, 2013.

<sup>20</sup> Calderón, Andrés y Humberto Ortiz, *Nacimiento y muerte del abuso de procesos legales anticompetitivos en el Perú: Análisis del caso Apofer versus Fetrans, Perurail y otros*. En: *Revista de Economía y Derecho*, Vol 10, N.º 38, Enero de 2012.

<sup>21</sup> Una opinión no concluyente se observa en Enrique Cavero Safrá, «Usted abusó», *El abuso de procesos legales frente a los derechos de acción y petición*. En: *Revista de Derecho Administrativo* N.º 10, *Derecho de la Competencia*, Circulo de Derecho Administrativo, 2011.

## 2.2. En la jurisprudencia administrativa del Indecopi

En lo que se refiere a la jurisprudencia administrativa del Indecopi, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, CLC), la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal N.º I (en adelante, la CDI)<sup>22</sup> y el Tribunal<sup>23</sup> se han pronunciado a favor de la represión del abuso de procesos legales. Tanto desde la perspectiva de las normas de protección de la libre competencia, como de aquellas que reprimen los actos de competencia desleal.

Cabe observar que, a pesar del reconocimiento de la figura del abuso de procesos en el ámbito de las normas de competencia desleal, la aplicación efectiva de sanciones en esta esfera ha sido bastante limitada. Llegando a encontrarse responsabilidad e imponer sanciones por esta infracción solamente en una ocasión.

Considerando que en el presente trabajo se discute el tratamiento del abuso de procesos legales como «conducta desleal», a continuación se resumen los antecedentes jurisprudenciales más relevantes sobre dicha conducta como modalidad de infracción a las normas de competencia desleal. Tanto desde la perspectiva de la antigua Ley como desde la Ley de Competencia Desleal<sup>24</sup> vigente.

### a. *Anypsa vs. Tekno* (2006)

En *Anypsa vs. Tekno* (2006)<sup>25</sup>, Anypsa (empresa que principalmente comercializaba pinturas, barnices y revestimientos similares) denunció a un importante competidor –Tekno– por una presunta estrategia desleal consistente en presentar sistemáticas oposiciones (más de 15) y nulidades (hasta 4) a las solicitudes de registro de marcas planteadas por Anypsa. Los recursos de Tekno se plantearon entre 2003 y 2005, y habrían tenido como efecto, según la denunciante, dilatar

<sup>22</sup> Denominada, hasta el 2008, Comisión de Represión de la Competencia Desleal. Posteriormente, se denominó Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (CCD). A partir del 3 de junio de 2015, la CCD de la sede central recibió la denominación de Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal N.º I (CDI) y además se creó la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal N.º 2 (CD2). La CD2 tiene competencia de iniciar y resolver procedimientos de oficio sobre actividad publicitaria en los rubros económicos de banca, seguros y educación; y, actos de violación de normas, en los rubros económicos de banca, seguros y educación. La CDI tiene competencia de iniciar y resolver procedimientos de oficio sobre todos los demás temas que no hayan sido asignados a la CD2, así como todas las denuncias de parte que se presenten (conforme a la Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi N.º 102-2015-INDECOPI/COD).

<sup>23</sup> A través de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (SDC), antes denominada Sala de Defensa de la Competencia N.º I (SCI).

<sup>24</sup> Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, publicada el 26 de junio de 2008.

<sup>25</sup> Resolución 1353-2006/TDC-INDECOPI del 1 de setiembre de 2006, emitida en segunda instancia administrativa en el procedimiento iniciado por denuncia de Pinturas Anypsa S.A. contra Tecnoquímica S.A., bajo el Expediente 110-2005/CCD.



indebidamente el procedimiento de registro de derechos de propiedad intelectual de Anypsa.

Tekno, por su parte, señaló que había ejercido regularmente su derecho de petición, oponiéndose a lo que consideraban una vulneración, potencial o real, a sus intereses legítimos, agregando que en ningún caso existió una vulneración indebida porque en algunos casos la entonces Oficina de Signos Distintos (OSD) o la Sala de Propiedad Intelectual (SPI) fallaron en contra de Anypsa (lo que demostraba la legitimidad en las acciones de Tekno) o bien le dieron la razón a Anypsa (lo que demostraba que no se había impedido el registro solicitado a la OSD).

Al declarar infundada la denuncia de Anypsa, la CDI indicó que las oposiciones y nulidades planteadas por Tekno constituían un ejercicio legítimo del derecho de petición. En apelación, el Tribunal del Indecopi reiteró que la represión de conductas como infracciones a las normas de competencia desleal tiene como finalidad específica:

*«[S]alvaguardar la leal competencia en el mercado, entendida como aquella competencia guiada por la buena fe comercial y el respeto a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas, de modo que se desenvuelvan de manera normal y pacífica.»<sup>26</sup>*

Bajo este criterio, señaló que el uso de procesos legales podría ser considerado una infracción a tales normas únicamente cuando constituía un ejercicio manifiestamente abusivo del derecho de acción con una intención lesiva:

*«[Un] supuesto de afectación permitida implícitamente por el ordenamiento - y no sólo en el derecho de la competencia o de la propiedad intelectual, sino en todas las áreas jurídicas - es la que resulta del ejercicio regular de un derecho, como es el caso de los derechos subjetivos de acción y de contradicción. Así, en el ámbito marcario, aunque la oposición a una solicitud de registro prolonga la incertidumbre generada respecto a su obtención, este acto no puede ser calificado de desleal, salvo que medien situaciones particulares que permitan apreciar de forma manifiesta que tales derechos se han ejercido abusivamente con la única intención de dañar a un competidor, a fin de generarle un perjuicio relevante, con ausencia de interés legítimo.*

*En este contexto, la evaluación que corresponde realizar respecto a la infracción de la cláusula general prevista en el artículo 6° de la Ley de Represión de la*

<sup>26</sup> *Ibíd.*, p. 4.

*Competencia Desleal, no es sobre la licitud de las oposiciones y pedidos de nulidad formulados por Tecnoquímica -ya que en tanto constituyen el ejercicio regular de un derecho su licitud se presume- sino sobre la ilegitimidad manifiesta o evidente de tales acciones.»<sup>27</sup>*

Utilizando estos criterios, el Tribunal decidió declarar infundado el recurso de Anypsa. Para ello, consideró que varias de las oposiciones cuestionadas por Anypsa habían sido resueltas a favor de Tekno y que, muchas otras oposiciones de Tekno (que no fueron cuestionadas por Anypsa) fueron también favorables a dicha empresa. En tal sentido, lejos de observar una manifiesta utilización ilegítima de procesos, el Tribunal consideró que se había realizado un ejercicio coherente de los derechos de acción y contradicción, en el contexto de las disputas marcarias que enfrentaron a Tekno y Anypsa, entre 2001 y 2006.

### **b. CDI vs. Coca Cola (2006)**

En *CDI vs. Coca Cola (2006)*<sup>28</sup>, la CDI inició de oficio un procedimiento sancionador contra Coca Cola, a consecuencia de la derivación de tres expedientes tramitados por la Comisión de Protección al Consumidor (CPC) y el Tribunal. En ellos se habría detectado la participación encubierta de Coca Cola en las denuncias presentadas contra tres empresas productoras de bebidas. En efecto, la Secretaría Técnica del Tribunal solicitó a la denunciante a nivel de CPC, una persona natural actuando como aparente consumidora, que indicase la identidad de la persona o empresa que financió los estudios que sustentaron sus denuncias. Así como que indicase su relación con ella. En línea con lo indicado por el laboratorio que realizó los estudios, la denunciante informó que el financista de los estudios era Coca Cola, empresa que además era cliente en el estudio de abogados al que ella pertenecía.

Al defenderse de la imputación, Coca Cola esgrimió cuatro argumentos centrales: (i) no está prohibido colaborar con un consumidor final, financiando elementos que sustenten sus denuncias; (ii) no tenía relación de competencia, directa o indirecta, con las tres empresas denunciadas en CPC; (iii) la escasa participación de las empresas denunciadas en CPC hacía inverosímil querer desplazarlas del mercado; y (iv) la colaboración en la defensa de los derechos de los consumidores se encontraba en sintonía con la protección del interés general que sustenta las normas de competencia desleal. Ninguno de ellos fue recogido por la autoridad.

<sup>27</sup> *Ibíd.*, p. 5.

<sup>28</sup> Resolución 139-2006/CCD-INDECOPI del 6 de setiembre de 2006, emitida en primera instancia administrativa en el procedimiento tramitado de oficio contra Coca Cola Servicios de Perú S.A., bajo Expediente 065-2006/CCD.

La CDI consideró, en cambio, que los hechos habían demostrado que Coca Cola había logrado presentar una denuncia encubierta a través de una persona natural. Lo cual constituía una acción fraudulenta que tuvo la posibilidad de lesionar a empresas con las que, de manera potencial, Coca Cola podía haber concurrido en el mercado:

*«[L]a Comisión estima que, a través de la conducta imputada, Coca Cola ha eludido lo establecido obligatoriamente en la Ley de Protección al Consumidor respecto de la legitimidad para presentar denuncias, utilizando medios legales de forma indebida y fraudulenta en perjuicio de las empresas Cueva, Mery y Bander. Esta conducta, a juicio de la Comisión es capaz de generar perjuicios a empresas que concurren en el mismo sector que la imputada. Dicho perjuicio constituye un daño concurrencial generado por medios distintos al esfuerzo empresarial eficiente que exige la buena fe comercial, el normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas. En consecuencia, es un daño concurrencial ilícito.»<sup>29</sup>*

Asimismo, la CDI señaló que el procedimiento en materia de consumidor se materializa a raíz del presupuesto de asimetría de información existente en las relaciones de consumo. Lo cual no se presentaba en el caso de Coca Cola. Finalmente, observó que Coca Cola podía haber presentado denuncias informativas ante la CPC, o denuncias formales ante la propia CDI, por actos de competencia desleal (en la modalidad de vulneración de normas). Bajo estas consideraciones, la CDI declaró la responsabilidad de Coca Cola por infracción a la cláusula general e impuso diez UIT como sanción. Dicha decisión no fue apelada por Coca Cola.

Resulta interesante notar que, a la fecha, este haya sido el único caso en que se hayan impuesto sanciones por un presunto abuso de procesos legales como infracción a las normas de competencia desleal.

### **c. Un paréntesis: los casos sobre «piratería marcaria»**

En el tiempo en que se desarrollaron los casos aquí comentados, existen otros procedimientos en los cuales se analizó la aplicación de las normas de competencia desleal frente al uso indebido de procesos legales. Pero en un contexto distinto:

<sup>29</sup> *Ibíd.*, p. 9.

el de «piratería marcaria». Se trata de los casos de *Oeschle vs. Oeschle* (2010)<sup>30</sup> y *Lab Nutrition vs. José Villacorta y otros* (2011)<sup>31</sup>.

La «piratería marcaria» constituye un interesante caso de abuso del sistema de propiedad intelectual con efectos sobre el desarrollo eficiente de la competencia. Sin embargo su naturaleza como infracción es sustancialmente distinta a la del abuso de procesos legales o *sham litigation* analizados.

En efecto, a pesar de encontrarse sugerentemente vinculados, no debe confundirse la «piratería marcaria», una forma de boicot mediante la apropiación de mala fe de derechos de propiedad intelectual, con el abuso de procesos legales como conducta predatoria. Mientras en la piratería marcaria lo que se analiza es la indebida *obtención* de derechos sobre marcas mediante solicitudes de registro presentadas de mala fe. En el *sham litigation*, como veremos con mayor detalle, lo que se analiza es la *utilización* de los procesos legales en sí como herramienta anticompetitiva y no la explotación de un resultado favorable obtenido indebidamente<sup>32, 33</sup>.

#### **d. Farminustria vs. Roche (2012)**

*Farminustria vs. Roche* (2012)<sup>34</sup> se inició por la denuncia de Farminustria ante la CDI en contra de Roche por la supuesta interposición sistemática de acciones legales. Denuncias administrativas ante el OSCE y la propia CDI, así como una demanda civil y una denuncia penal contra uno de sus funcionarios, que tenían como objetivo impedir que Farminustria comercializara *Reditux*. Marca con la cual competía con *Mabthera* de Roche, ambos productos de origen biológico para el tratamiento del cáncer que comparten el principio activo *rituximab*.

<sup>30</sup> Procedimiento iniciado por la denuncia de Tomás Oechsle Sigg en contra de Tiendas Peruanas S.A. y otro, tramitado bajo el Expediente 051-2009/CCD. Al respecto, véase la Resolución 2738-2010/SCI-INDECOPI del 11 de octubre de 2010.

<sup>31</sup> Procedimiento iniciado por la denuncia de Lab Nutrition Corp S.A.C. en contra de José Villacorta Olano y otros, tramitado bajo el Expediente 138-2008/CCD. Al respecto, véase la Resolución 1605-2011/SCI-INDECOPI del 5 de octubre de 2011.

<sup>32</sup> El Tribunal, en nuestra opinión de manera errada, utilizó ambos casos como antecedentes de su decisión en el caso *Willy Busch vs. Filtros Lys* (2013), que comentaremos a continuación.

<sup>33</sup> Para una discusión sobre el concepto y desarrollo de la «piratería marcaria» en nuestro país, véase: SOSA HUAPAYA, Alex, *Cómo reprimir la «piratería marcaria» mediante el uso complementario de las normas de propiedad industrial y las de competencia desleal*. En: Actualidad Jurídica N.º 220, Marzo 2012, Lima: Gaceta Jurídica, 2012, p. 348 y ss.

<sup>34</sup> Procedimiento iniciado por la denuncia de Farminustria S.A. en contra de Productos Roche QFSA, tramitado bajo el Expediente 0175-2010/CCD. Al respecto, véase la Resolución 1444-2012/SCI-INDECOPI del 26 de junio de 2012. Disponible en:

[http://sistemas.indecopi.gob.pe/sdc\\_jurisprudencia/documentos/1-93/2012/Re1444.pdf](http://sistemas.indecopi.gob.pe/sdc_jurisprudencia/documentos/1-93/2012/Re1444.pdf)

El caso se inició a nivel de CDI, tramitándose como una presunta infracción a la cláusula general<sup>35</sup>. Sin embargo, en la tramitación del procedimiento, la CDI reparó en que, de una evaluación de los argumentos introducidos por Farminindustria, se podía observar que la denunciante argumentaba que la conducta de Roche constituía un ejercicio abusivo de su posición de dominio. Con ello, la CDI consideró que correspondía resolver a la autoridad en materia de libre competencia, inhibiéndose de emitir un pronunciamiento sobre la conducta y trasladando los actuados a la CLC. Dicha decisión fue ratificada por el Tribunal. A la realización del presente trabajo, el caso se encuentra pendiente de decisión ante la CLC.

### **e. Willy Busch vs. Filtros Lys (2013): Reglas del Tribunal sobre el abuso de procesos legales a nivel de libre competencia y competencia desleal**

*Willy Busch vs. Filtros Lys (2013)*<sup>36</sup> es un caso particularmente importante para efectos del presente trabajo por la regla procedimental que estableció para tramitar el abuso de procesos legales. El caso se inició por la denuncia de Willy Busch (empresa del sector metalmecánico que produce diversa clase de filtros para autos), en contra de Filtros Lys (un competidor de mayor envergadura), entre otras razones, por haber presentado oposiciones, hasta en tres oportunidades y a través de una tercera empresa, frente a sus solicitudes de registro de marcas. La CDI consideró que este extremo de la denuncia resultaba infundado, puesto que las oposiciones cuestionadas no configuraban, por sí mismas, actos contra la buena fe comercial, en tanto correspondían el legítimo derecho de acción de Filtros Lys frente a la posible afectación de sus derechos marcarios.

En apelación, el Tribunal declaró la nulidad de este extremo del pronunciamiento de la CDI, debido a que debió haberse incorporado al procedimiento al tercero interviniente en la supuesta infracción. Sin perjuicio de ello, estableció dos criterios importantes. En primer lugar, reconoció una premisa general: el abuso de procesos legales puede ser analizado tanto como un supuesto de competencia desleal (sujeto a la cláusula general), como un supuesto de infracción a las normas de libre competencia (como modalidad de abuso de posición de dominio expresamente

<sup>35</sup> Decreto Legislativo 1044, Ley de Competencia Desleal

#### **Artículo 6.- Cláusula general.-**

6.1.- Están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten.

6.2.- Un acto de competencia desleal es aquél que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado.

<sup>36</sup> Resolución 0858-2013/SDC-INDECOPI del 24 de mayo de 2013. Procedimiento iniciado por denuncia de Industrias Willy Busch S.A. en contra de Filtros Lys S.A., tramitado bajo el Expediente 036-2011/CCD. La decisión del Tribunal se encuentra disponible en:

[http://sistemas.indecopi.gob.pe/sdc\\_jurisprudencia/documentos/1-93/2013/Re0858Versi%F3np%FABlica.pdf](http://sistemas.indecopi.gob.pe/sdc_jurisprudencia/documentos/1-93/2013/Re0858Versi%F3np%FABlica.pdf)

recogida en la Ley de Libre Competencia). En segundo lugar, estableció una regla particular: si un agente denuncia a un competidor por abuso de procesos legales bajo la cláusula general debe acreditar que el denunciado no detenta una posición de dominio, mientras que el órgano instructor de la CDI debe confirmar de inmediato tal situación o, de lo contrario, remitir la denuncia a la CLC, para que se pronuncie sobre la posible comisión de un abuso de posición de dominio.

Al respecto, el Tribunal partió por reconocer la vigencia del abuso de procesos legales como supuesto de competencia desleal (además de una infracción a las normas de libre competencia), haciendo referencia a los criterios recogidos en *Apofer* (2011):

*«Entre las formas más efectivas de distorsionar el correcto funcionamiento del proceso competitivo se puede identificar la manipulación del poder estatal, mediante la utilización indebida de los procesos judiciales y los procedimientos administrativos y regulatorios a cargo de las autoridades públicas.*

*Esta conducta, conocida en el derecho de la competencia como “abuso de procesos”, “predación legal” o “litigación predatoria”, puede ser definida como aquella estrategia a través de la cual un agente deliberadamente decide iniciar diversos procesos o procedimientos legales cuya tramitación se encuentra estrictamente destinada a impedir, retrasar o encarecer el acceso o permanencia de sus competidores en el mercado.*

*(...) [E]l abuso de procesos legales también es una conducta que puede ser sancionada por la Ley de Represión de la Competencia Desleal como un acto contrario a la cláusula general, puesto que constituye una conducta que contraviene la buena fe empresarial. Ello, debido a que dicha conducta dificulta o entorpece indebidamente el normal desarrollo de las actividades que un agente económico puede realizar, obstaculizando de esta forma su concurrencia en el mercado.»<sup>37</sup>*

[Citas internas omitidas.]

Siguiendo con su razonamiento, el Tribunal trasladó su metodología de análisis del abuso de procesos legales para casos sobre libre competencia a los casos sobre competencia desleal. Específicamente, reiteró que únicamente resultaban cuestionables las acciones que carecían de fundamento objetivo, entendido como una expectativa razonable de triunfo, lo cual manifiesta un ejercicio legítimo de los derechos de acción y petición:

<sup>37</sup> *Ibid.*, considerando 122, 123 y 128.

*«En la Resolución 1351-2011/SCI-INDECOPI (...) la Sala estableció que ante la imputación de un abuso predatorio de procesos legales resulta primordial analizar si existe un fundamento objetivo, esto es, una expectativa razonable de triunfo que sustente la pretensión o las pretensiones del solicitante.*

*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 legítimamente 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. Si un litigio, al momento de ser planteado, tiene posibilidades de tutelar un derecho o interés del solicitante, se trata –con independencia de sus efectos y el resultado– del ejercicio legítimo de los derechos constitucionales de acción y petición.»<sup>38</sup>*

[Citas internas omitidas.]

Finalmente, reconociendo que este pronunciamiento podría generar contingencias de carácter procedimental, por denuncias sobre infracciones a las normas de libre competencia ante la autoridad de competencia desleal y viceversa, el Tribunal decidió establecer las siguientes reglas:

*«[L]a Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal sanciona este tipo de conducta cuando nos encontramos frente a un agente que no tiene posición dominante en el mercado, puesto que en caso contrario, sería la Comisión de Defensa de la Libre Competencia la competente para evaluar este tipo de conducta. Ello, pues constituye un elemento del tipo para que se configure la infracción del abuso de posición de dominio bajo la figura del abuso de procesos la tenencia de una situación de poder de mercado que permite actuar con prescindencia de las decisiones económicas de los demás operadores del mercado.*

*Esta situación genera que los administrados, frente a supuestas afectaciones derivadas del uso abusivo de los mecanismos procesales, puedan verse inducidos a plantear denuncias tanto ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal como ante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. En ese contexto, cuando el denunciante plantee su petitorio de abuso de procesos legales ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, la Sala considera necesario establecer determinadas pautas obligatorias que deben seguirse en la tramitación de estas denuncias:*

<sup>38</sup> Ibid., considerandos 124 y 125.

- (i) *Al plantear su denuncia, el administrado debe aportar elementos que den cuenta a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal que el denunciado no tiene posición de dominio en el mercado, pues este elemento es el que precisamente determina la competencia de uno u otro órgano funcional. (...)*
- (ii) *Una vez presentada la denuncia por la presunta infracción a la cláusula general bajo la figura de abuso de procesos legales, la primera instancia debe inmediatamente verificar si hay indicios de que el agente denunciado posee posición de dominio, y de existir estos indicios sólidos, remitir el expediente a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. Ello, pues este órgano es el que cuenta con competencias exclusivas para determinar la existencia de posición de dominio.»<sup>39</sup>*

Si bien el Tribunal no lo explicitó, se esperaría una regla inversa y equivalente para denuncias ante la CLC: que el denunciante aporte elementos que den cuenta de la posición de dominio del denunciado; en caso de ausencia de tales elementos, se debe remitir el expediente a CDI para su oportuna tramitación.

A modo de resumen de los pronunciamientos aquí comentados, presentamos la siguiente Figura N.º 2 que sintetiza los aspectos más relevantes sobre la aplicación jurisprudencial de las normas de competencia desleal a supuestos de abuso de procesos legales.

### FIGURA N.º 2

#### CRITERIOS JURISPRUDENCIALES: EL ABUSO DE PROCESOS LEGALES COMO INFRACCIÓN A LAS NORMAS DE COMPETENCIA DESLEAL

<b>1. Como infracción a las normas de Derecho de Mercado</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>– Sujeto al D. Leg. 1034: modalidad de abuso de posición de dominio.</li> <li>– Sujeto al D. Leg. 1044: infracción según la cláusula general.</li> </ul>
<b>2. Reglas para denuncias de abuso de procesos legales ante CDI</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>– El denunciante sustenta que el denunciado no tiene posición de dominio.</li> <li>– La ST-CDI comprueba que no tiene posición de dominio (a nivel indiciario).</li> <li>– Si existe posición de dominio (a nivel indiciario), se remite la denuncia a CLC.</li> </ul>
<b>3. Metodología de análisis del abuso de procesos legales ante CDI</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>– La autoridad verifica si las acciones cuestionadas tienen fundamento objetivo.</li> <li>– Si carecen de fundamento objetivo, se configurará la infracción a la cláusula general.</li> </ul>

Elaboración propia

<sup>39</sup> *Ibíd.*, considerandos 129 y 130.



### 2.3. Resumen de la hipótesis analizada

Como ha podido apreciarse, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional han analizado, en múltiples ocasiones, el abuso de procesos legales como una infracción a las normas de competencia desleal. En particular, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, se ha reconocido que el abuso de procesos legales constituye una infracción sujeta a la cláusula general recogida en las normas de represión de la competencia desleal. Ello, principalmente, porque bajo la cláusula general se sancionan todas las conductas incompatibles con la buena fe comercial que debe regir las actuaciones concurrentes en el mercado.

Asimismo, una parte importante de la doctrina ha señalado que las normas de competencia desleal deberían ser la única rama del Derecho de Mercado que sancione el abuso de procesos legales, desplazando a las normas sobre libre competencia, principalmente porque (i) el abuso de procesos legales constituye una especie de fraude o deslealtad frente a los competidores; y porque (ii) un agente no necesita una posición de dominio para emprender una estrategia de abuso procesal.

Finalmente, el Tribunal del Indecopi, en un pronunciamiento reciente (Willy Busch), ha ratificado que el abuso de procesos legales puede ser calificado como una infracción a la cláusula general de las normas de competencia desleal y también como una infracción a las normas de libre competencia. En particular, ha señalado que el elemento discriminador será la existencia de posición de dominio del agente investigado, estableciendo la siguiente regla para la tramitación de denuncias por abuso de procesos legales:

- Si el agente denunciado tiene posición de dominio (a nivel indiciario), la autoridad competente será la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, que tramitará el caso como una modalidad de abuso de posición de dominio.
- Si no tiene tal posición de dominio (a nivel indiciario), la autoridad competente será la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal.

### III. NUESTRA POSICIÓN: LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA SON PLENAMENTE APLICABLES (Y MÁS)

Como se ha observado, el abuso de procesos legales es interpretado por una parte de la doctrina, y por la jurisprudencia del Indecopi, como una conducta sancionable bajo la cláusula general del sistema de represión de la competencia desleal. Mientras algunos autores sugieren que la infracción está «mejor» ubicada bajo este sistema. Otros señalan que es «exclusivamente» un problema de competencia desleal.

Por nuestra parte, consideramos que la aplicación de las normas sobre libre competencia frente a supuestos de abuso de procesos legales, no sólo es técnicamente admisible, sino que debería limitar, o incluso desplazar, la aplicación de las normas de competencia desleal. Esta conclusión se fundamenta en las consideraciones que se exponen a continuación.

### 3.1. Un poco de contexto: imprecisión en el objetivo de las normas sobre competencia desleal

Lo primero que debemos resaltar es que, la conclusión de que el abuso de procesos legales es una conducta sancionable bajo las normas de competencia desleal, deriva en primer lugar, de una definición amplia de la cláusula general. Según la cual es reprochable la conducta que afecta la buena fe comercial objetiva. Dicha «buena comercial objetiva» es a su vez un estándar general que involucra las conductas destinadas a:

*«[L]ograr o pretender lograr la preferencia de los demandantes por causa de la eficiencia de las propias prestaciones, ofreciendo mejores combinaciones de precio y calidad que los competidores.»<sup>40</sup>*

Si bien esta definición ilustra el tipo de conductas que podrían considerarse «desleales», es necesario tener cuidado al interpretar los alcances de un postulado tan general. Conforme a esta definición, toda conducta de los agentes económicos destinada a obtener la preferencia de los consumidores por razones distintas a la eficiencia económica es sancionable bajo las normas de competencia desleal. La consecuencia necesaria sería que también las conductas que actualmente constituyen infracciones a las normas de libre competencia, de protección al consumidor y de propiedad intelectual constituirían actos de competencia desleal. Debido a que, desde uno u otro ángulo, cada una de estas disciplinas sanciona conductas ineficientes, que utilizan las empresas para obtener un beneficio indebido a costa, directa o indirectamente, de otros competidores y de los consumidores.

Tal vez haya contribuido con esta visión amplificada de las posibles infracciones a las normas de competencia desleal el hecho que, en los Estados Unidos de Norteamérica, el campo de la «*Unfair competition*» [competencia injusta] abarque áreas tan diversas como las de publicidad engañosa «*false advertising*», infracciones marcarias «*trademark infringement*», denigración «*trade libel*», sabotaje «*tortious interference*» y, además, el Derecho de la Libre Competencia o «*Antitrust Law*»<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Stucchi, Pierino, *Introducción sobre las reglas fundamentales que aseguran el eficaz y adecuado funcionamiento del proceso competitivo. Fronteras y complementariedad entre la defensa de la libre competencia y la represión de la competencia desleal*, 2007, p. 28. Disponible en:

[http://www.pierinostucchi.net/articulos/derecho\\_competencia\\_proteccion\\_consumidor\\_propiedad\\_intelectual/fronteras\\_y\\_complementariedad\\_entre\\_la\\_dlc\\_y\\_la\\_rcd-Stucchi-2007.pdf](http://www.pierinostucchi.net/articulos/derecho_competencia_proteccion_consumidor_propiedad_intelectual/fronteras_y_complementariedad_entre_la_dlc_y_la_rcd-Stucchi-2007.pdf)

<sup>41</sup> De hecho, el *enforcement* que lleva a cabo la FTC de las Sherman Act (1890) y la Clayton Act (1914) se realiza

De hecho, antes de la emisión de la Ley de Competencia Desleal vigente, el objetivo de la antigua Ley sobre Represión de la Competencia Desleal era equivalente al objetivo de la Ley de Libre Competencia anterior<sup>42</sup>. Esto es, «evitar, desalentar y sancionar los actos contrarios a la libre competencia en actividades económicas»<sup>43</sup>. A nuestro juicio, si bien ambos campos se encuentran relacionados, un reconocimiento de objetivos de este tipo, podría haber confundido los límites de uno y otro cuerpo normativo.

Por estas razones, resulta imprescindible iniciar nuestro análisis por diferenciar entre el objeto de las normas de competencia desleal, y el de las normas de libre competencia. Ello nos permitirá comprender las razones por las cuales se sancionan determinadas conductas en cada una de estas esferas.

### **3.2. Objetivos de las normas de competencia desleal y las de libre competencia: «buena fe comercial» frente a «concentración del poder de mercado»**

Si bien la «buena fe comercial» sigue siendo la base de la defensa de la competencia frente a las conductas desleales, en la actualidad el objeto de las normas de competencia desleal se encuentra mejor delimitado y permite establecer, de manera más clara, sus diferencias con la finalidad de las normas de libre competencia.

En principio, si bien ambas áreas tienen como finalidad última, la promoción de la eficiencia económica para el bienestar de los consumidores —lo cual es en realidad la finalidad de todas las áreas del Derecho Ordenador del Mercado—, cada una lo hace en un contexto distinto. Bajo condiciones distintas y, por lo general, sancionando conductas distintas.

Las normas de competencia desleal, de acuerdo al artículo primero de la Ley de Competencia Desleal<sup>44</sup>, tienen como objeto la represión de las conductas que afectan el «adecuado desenvolvimiento del proceso competitivo» entendido como el respeto a la buena fe comercial objetiva. Esencialmente, estas normas sancionan conductas por las cuales los agentes económicos distorsionan la información en el mercado en perjuicio

---

sobre la base del artículo 5 de la Federal Trade Commission Act (1914), que le otorga a dicha agencia la capacidad de perseguir «métodos de competencia injusta en o que afecten el comercio, y actos o prácticas injustas o engañosas que afecten el comercio» (*Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce*).

<sup>42</sup> El Decreto Legislativo 701, Decreto Legislativo contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, publicado el 7 de noviembre de 1991; derogado por el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, publicado el 25 de junio de 2008.

<sup>43</sup> Decreto Ley 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, artículo 1.

<sup>44</sup> **Decreto Legislativo 1044**

#### **Artículo 1.- Finalidad de la Ley.-**

La presente Ley reprime todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

de otros competidores (engaño, confusión, denigración, comparación, aprovechamiento de la reputación ajena e infracciones mediante publicidad). En determinados casos, las normas de competencia desleal sancionan el aprovechamiento de una ventaja competitiva derivada del incumplimiento de obligaciones jurídicas (violación de normas, subsidiariedad estatal) o reglas sociales (adecuación social) y, finalmente, conductas que lesionan directamente los derechos de propiedad (violación de secretos empresariales) y derechos contractuales (sabotaje) de un competidor.

Por su parte, las normas de libre competencia, de acuerdo con el artículo primero de la Ley de Libre Competencia<sup>45</sup>, tienen como objeto la represión de las conductas anticompetitivas, es decir, conductas que «*restringen el proceso competitivo*». Básicamente, se trata de conductas mediante las cuales los agentes económicos **concentran poder de mercado** por razones distintas a la eficiencia económica. Nuestra Ley de Libre Competencia contempla dos clases de conductas sancionables: el abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias.

Como se puede observar, la existencia de competencia es prácticamente un presupuesto para las normas de competencia desleal. Además, para que se configure una infracción no se requiere que esta competencia sea restringida de manera efectiva ni significativa (es decir, no será necesario que exista una disminución, real o potencial, de la intensidad competitiva en el mercado). Por el contrario, las normas de competencia desleal se encuentran dirigidas a sancionar, básicamente, **una forma de competir considerada inadecuada o indebida desde la perspectiva de la buena fe comercial**, debido a la posibilidad (incluso remota) de que tales conductas, puedan perjudicar las relaciones en el mercado en perjuicio directo del competidor interesado, e indirecto del sistema económico. De esta forma, las normas de competencia desleal buscan desincentivar la comisión de conductas que, incluso en escenarios competitivos, no tengan por objetivo satisfacer los intereses del consumidor sino que se dirijan exclusivamente a perjudicar a un competidor. Dañándolo o aprovechando su reputación en el mercado.

En contraste, en el caso de las normas de libre competencia, por regla general se investigan conductas que se desenvuelven en escenarios donde, por las condiciones del mercado o por conductas estratégicas, la competencia es más relajada o menos intensa. En este escenario, sólo se sancionan aquellas conductas que impactan o pueden impactar de forma negativa sobre el proceso competitivo, no desde una perspectiva **formal** sino **sustancial**. En otras palabras: **la autoridad de libre competencia no analiza si las conductas investigadas se ajustan a cánones de corrección o actuación de buena fe, sino que —con independencia de tal buena fe— investiga y sanciona**

<sup>45</sup> Decreto Legislativo 1034, modificado por el Decreto Legislativo 1205

**Artículo 1.- Finalidad de la presente Ley.-**

La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

**conductas que están en capacidad de lesionar la competencia por razones distintas a la eficiencia económica.** Las normas no analizan o verifican. Quienes realizan esa actividad son las autoridades.

En síntesis: las normas de libre competencia buscan garantizar el libre desenvolvimiento del proceso competitivo, mientras que las normas de competencia desleal, buscan garantizar que en este proceso, los competidores respeten cánones de conducta sustentados en la buena fe comercial objetiva<sup>46</sup>.

Así diferenciado el contexto de aplicación de las normas de competencia desleal, nos resulta mucho más fácil entender que el abuso de procesos legales, en tanto herramienta de **predación**, esté «mejor ubicado» bajo el ámbito de las normas de libre competencia: éstas analizan el impacto real o potencial que tal conducta restrictiva sobre el mercado. En cambio, nos es difícil entender que esta misma conducta sea sancionable por afectar la *buena fe comercial objetiva*. Por afectar un estándar de conducta aceptable, con independencia de sus efectos reales o potenciales sobre el mercado.

Que las normas de competencia desleal hayan sancionado, o puedan sancionar en el futuro, un ejercicio abusivo de acciones legales o «indebido ataque procesal» realmente no nos dice nada acerca de la posibilidad de que las normas de libre competencia sancionen también dicha conducta, con matices, requisitos y objetivos distintos, y bajo reglas distintas. Ello tampoco quiere decir que el abuso de procesos legales deba ser, necesariamente, materia de sanción en ambos sistemas normativos. Esa respuesta depende de un análisis de la conducta bajo cada campo.

En resumen, el hecho de que la cláusula general de las normas de competencia desleal, permita sancionar el indebido ataque procesal bajo determinados parámetros y con el objetivo de garantizar la buena fe comercial objetiva, no impide *a priori* que las normas de libre competencia sancionen el abuso de procesos legales bajo otra metodología, como conducta que restringe la competencia por razones distintas a la eficiencia económica.

Más aún, en el contexto del ejercicio de los derechos de acción y de petición, estimamos peligrosa la represión de conductas atendiendo a su adecuación formal a un estándar indefinido. En el frecuente escenario de los procesos legales entre competidores

<sup>46</sup> De forma similar, Stucchi señala: «[L]a disciplina de defensa de la libre competencia se encarga de velar por el eficaz funcionamiento del proceso competitivo estableciendo prohibiciones que impidan que éste se restrinja o elimine, o que quienes poseen una posición de dominio eviten el abuso comportándose tal como lo harían si fueran influenciados por otros agentes en el proceso competitivo. De otro lado, la represión de la competencia desleal se encarga de velar por el adecuado funcionamiento del proceso competitivo estableciendo prohibiciones que impidan a los concurrentes lograr o pretender lograr la realización de transacciones por medios distintos a su propio esfuerzo eficiente». En: *Introducción sobre las reglas fundamentales que aseguran el eficaz y adecuado funcionamiento del proceso competitivo*, cit., p. 30.

coexisten una rivalidad natural y diversas normas jurídicas que propician, la mayor parte de las veces, una «*actitud temeraria*» de las partes que interactúan en tales procesos. Como explicamos más adelante, tal circunstancia debería inclinar la balanza por una respuesta limitada al uso de las reglas de libre competencia, y desplazar a las de competencia desleal.

### **3.3. Posición de dominio: ciertamente no es necesaria para emprender «actividad procesal temeraria» pero sí esencial para considerar que existe «litigación predatoria»**

#### *3.3.1. Un poco más de contexto: Una interpretación incorrecta del artículo 10 de la Ley de Libre Competencia*

Como se ha explicado en la primera parte, el argumento recurrente que apunta a excluir al abuso de procesos legales como una modalidad de abuso de posición de dominio (por ello sujeta a las normas de libre competencia), surge de la premisa de que un agente económico no necesita una posición de dominio para emprender un abuso de procesos legales.

Este argumento deriva de una interpretación errónea producto de una lectura inexacta de la redacción –un tanto ambigua– del artículo 10.1 de la Ley de Libre Competencia; interpretación que resulta, en sí misma, incongruente con el contenido de dicha norma.

Al respecto, el artículo 10.1 de la Ley de Libre Competencia señala lo siguiente:

#### **Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-**

*10.1. Se considera que existe abuso cuando **un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.***

[Énfasis agregado]

Quienes sostienen que el abuso de procesos legales no se encuentra correctamente tipificado en la Ley de Libre Competencia señalan que la realización de esa conducta puede ser realizada por cualquier agente económico, con independencia de su posición (importante o reducida) en el mercado<sup>47</sup>. En ese sentido, señalan, quien realiza un uso

<sup>47</sup> Véase la sección II.1 del presente artículo.

ejercicio abusivo de los derechos de acción y petición «no utiliza esta posición», siendo que la conducta «hubiera sido posible sin ostentar una posición de dominio». Situación que resultaría accesoria a dicha conducta abusiva.

En nuestra opinión, esta lectura del artículo 10.1 de la Ley de Libre Competencia es incorrecta. Para explicar esta afirmación, en primer lugar es necesario recurrir al antecedente directo de dicha norma. El artículo 5 del Decreto Legislativo 701, antigua Ley de Libre Competencia, que textualmente señalaba lo siguiente:

**«Artículo 5.- [Del abuso de posición de dominio]**

*Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior [que goce de posición de dominio], actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio.»*

[Énfasis agregado]

Como se puede observar, bajo el antecedente normativo, aquello que «no hubiera sido posible» para el agente imputado no es la realización en sí de la conducta, sino la generación de los efectos sobre el mercado (beneficios para sí y perjuicios para los competidores).

En tal sentido, no tendría sustento –y de hecho no lo tiene– señalar que un supuesto de abuso de posición de dominio deja de ser reprochable cuando la conducta en sí también puede ser realizada por agentes sin tal posición dominante. De ser así, no podrían ser sancionadas ninguna de las conductas recogidas en la Ley de Libre Competencia: la negativa de trato, la discriminación exclusoria, las ataduras o cualquier otra forma de boicot. Porque para realizar dichas conductas anticompetitivas no se requiere de una posición de dominio. Seguir este razonamiento, por lo tanto, nos llevaría a conclusiones incompatibles con la propia Ley de Libre Competencia, lo cual resultaría ilógico.

Por ello, el sentido de la frase «que no hubiera sido posible» en relación con la posición de dominio es éste: **De no ostentar la posición de dominio, el agente dominante no hubiera podido realizar la conducta indebida con la misma peligrosidad para el proceso competitivo.** En otras palabras, **las conductas infractoras analizadas bajo la Ley de Libre Competencia no son tales porque únicamente un dominante puede realizarlas, sino porque la posición de dominio permite que un agente económico, al emprender tales conductas, pueda tener la capacidad de afectar de manera significativa las condiciones de competencia en el mercado, en beneficio propio y desmedro de los competidores.**

Y eso es precisamente lo que sucede con el abuso de procesos legales: como se explica a continuación, por regla general, sólo un agente dominante podría encontrarse en capacidad de afectar sensiblemente las condiciones de oferta y demanda en el mercado en que se desenvuelve, transformando un abuso procesal común en una preocupante estrategia predatoria.

### *3.3.2. El posible daño del abuso de procesos legales en escenarios competitivos y los remedios aplicables*

Es cierto, que en un escenario donde las empresas compiten agresivamente (y ninguna es dominante), una de ellas podría emprender acciones legales de manera abusiva o temeraria en perjuicio de la otra. Pero ese escenario hipotético no preocuparía de manera alarmante a las políticas de competencia.

Al respecto, como hemos observado, un presupuesto general para las normas de competencia desleal, es que la competencia existe efectivamente en el mercado (de ahí que los agentes puedan optar por una actuación desleal o contraria a la buena fe comercial frente a otros). El perjuicio que pudiera provocar el agente que implementa una estrategia de procesos «abusivos» sería, en principio, un perjuicio contra competidores concretos y no necesariamente contra la competencia en sí. En otras palabras, considerando el nivel de competencia que enfrenta el supuesto infractor, por sí mismo no podría provocar una afectación sensible al desarrollo del mercado. Incluso si logra que el competidor afectado resulte gravemente dañado, emprender una estrategia de abuso procesal puede generarle al infractor costos difícilmente recuperables, que por cierto no asumen sus competidores (potenciales beneficiarios de dicha estrategia procesal).

El resultado: el agente «desleal» (no dominante) se desprende de valiosos recursos y agota esfuerzos en una estrategia que, incluso siendo exitosa, dejará a nuestro estratega en desventaja frente a otros competidores, al haber perdido competitividad. De presentarse un supuesto en que su conducta pueda provocar un impacto significativo al proceso competitivo, lo más probable es que, en realidad, se trate de un agente con posición de dominio.

Lo explicado no significa que el uso abusivo de procesos por un agente no dominante debe quedar impune, pero para corregir el problema de la mala fe procesal en escenarios competitivos. No se requeriría de un sistema de reglas adicionales a las que ya existentes en el Derecho Procesal, entre las cuales podemos destacar, a modo de ejemplo, las expuestas en la Tabla N.º I.



## TABLA N.º I

### NORMAS QUE REGULAN LA CONDUCTA PROCESAL

SISTEMA NORMATIVO	ARTICULADO
<b>Ley Orgánica del Poder Judicial</b> <sup>48</sup>	Arts. 8, 9, 288 y 292.
<b>Código Procesal Civil</b> <sup>49</sup>	Arts. IV, V, 4, 13, 38, 46, 50, 52, 109 a 112, 165, 178 (entre otras).
<b>Nuevo Código Procesal Penal</b> <sup>50</sup>	Arts. 499 y 501.
<b>Código Procesal Constitucional</b> <sup>51</sup>	Arts. 51, 53, 56 y 97.
<b>Ley del Procedimiento Administrativo General</b> <sup>52</sup>	Arts. IV (1.8 a 1.10) y 56.
<b>Procedimientos ante Indecopi</b>	LFNO <sup>53</sup> : art. 7 // Código de Consumo <sup>54</sup> : arts. 154 y 158.
<b>Procedimientos ante OEFA</b> <sup>55</sup>	Reglamento sobre denuncias ambientales: arts. 3(a) y 8.
<b>Procedimientos ante la Contraloría General</b> <sup>56</sup>	Reglamento de denuncias: art. 6.3.

Elaboración propia.

Estas normas se encuentran precisamente dirigidas a corregir y desincentivar la «mala fe» en el uso de las reglas procesales. Con lo cual, la aplicación de las normas de competencia desleal podrían involucrar una doble sanción en base a un fundamento si no equivalente, por lo menos conexo (el quebrantamiento a la buena fe que debe regir las relaciones entre las partes en un proceso). Por esta misma razón, que el abuso procesal no se encuentre adecuadamente reprimido en las instancias en que se lleva a cabo, no significa que deba recurrirse al sistema de competencia desleal para suplir su falta de eficacia. Pero para ajustar dicha normativa o la práctica de los operadores que la aplican.

Como observaremos a continuación, una situación completamente distinta se genera cuando un agente con posición de dominio entra en el juego. Ya no se trata únicamente de una afectación individual a un competidor, sino al proceso competitivo y al mercado, con efectos reales y potenciales. Su relevancia no sólo interesa a los agentes afectados sino que preocupa íntegramente al sistema de protección y promoción de la competencia.

<sup>48</sup> Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo 017-93-JUS, publicado el 3 de junio de 1993.

<sup>49</sup> Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial 010-93-JUS, publicado el 22 de abril de 1993.

<sup>50</sup> Nuevo Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo 957, publicado el 29 de julio de 2004.

<sup>51</sup> Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley 28237, publicada el 31 de mayo de 2004.

<sup>52</sup> Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobada por Ley 27444, publicada el 11 de abril de 2001.

<sup>53</sup> Ley sobre facultades, normas y organización del Indecopi, aprobada por Decreto Legislativo 807, publicado el 18 de abril de 1996.

<sup>54</sup> Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado por Ley 29571, publicada el 2 de setiembre de 2010.

<sup>55</sup> Reglas para la atención de denuncias ambientales presentadas ante el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA, aprobadas por Resolución 015-2014-OEFA/CD, publicada el 9 de abril de 2014.

<sup>56</sup> Sistema Nacional de Atención de Denuncias, Directiva 006-2011-CG/GSND, aprobada por Resolución de Contraloría 184-2011-CG, publicada el 20 de julio de 2011.

En suma, bajo determinados parámetros, resulta razonable sostener que ningún agente sin posición de dominio, debería ser sancionado por el uso abusivo de procesos legales con reglas distintas a las ya existentes en el ordenamiento jurídico procesal; debido al impacto generalmente limitado de dicha conducta. Claro que esta regla puede admitir una excepción: cuando un agente no tiene posición de dominio pero las condiciones del mercado son suficientemente particulares como para que la estrategia de litigación abusiva le «otorgue» finalmente dicha posición de dominio. Pero esta circunstancia no refleja, que dicha conducta debe ser materia de las normas de competencia desleal. Sino que existe la posibilidad de que las normas de libre competencia estén perdiendo de vista la figura de «*monopolización*», recogida en la Sherman Act. Precisamente dirigida a sancionar a aquellas empresas que, aun no teniendo posición de dominio, se encuentran en una posición privilegiada en el mercado. Logrando finalmente obtener dicha posición de dominio o un monopolio en base a una conducta anticompetitiva<sup>57</sup>.

Esta regla tampoco impide que pueda investigarse un supuesto de litigación abusiva o predatoria como modalidad de práctica colusoria si es emprendida por agentes competidores de manera concertada. De hecho, el primer caso de abuso de procesos legales en el Perú tuvo lugar como consecuencia de un supuesto abuso concertado de procesos legales<sup>58</sup>. Esta posibilidad, se debe a que la naturaleza de la infracción es la restricción a la competencia provocada por el acuerdo entre competidores para boicotear un tercer competidor, y no una conducta unilateral con efectos lesivos sobre el mercado. Conforme al marco legal aplicable, este tipo de acuerdos se encontraría también sujeto a la Ley de Libre Competencia<sup>59</sup>. Por tanto debe ser analizado bajo una prohibición relativa<sup>60</sup>. Es pertinente observar que, si bien muchas de las premisas aquí desarrolladas son igualmente aplicables al caso de boicots concertados en forma de litigación, el presente trabajo versa sobre el litigio como herramienta unilateral.

<sup>57</sup> Para mayor detalle, véase el Capítulo I del Reporte del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América: *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act: A Report by the U.S. Department of Justice, DOJ* (Sept. 2008). Disponible en:

[http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681\\_chapter1.pdf](http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681_chapter1.pdf)

<sup>58</sup> Lebar S.A. contra Asesoría Comercial S.A. y la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicio del Perú, Resolución 057-96-INDECOPI/CLC del 8 de abril de 1996. Expediente 003-95-CLC.

<sup>59</sup> **Decreto Legislativo 1034, modificado por el Decreto Legislativo 1205**

**Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.-**

11.1. Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:

(h) Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación;

(k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

<sup>60</sup> Un acuerdo para litigar conjuntamente puede resultar eficiente y puede, además, encontrarse blindado de reproche si persigue una situación legítima (por ejemplo, la protección de derechos comunes). La prohibición absoluta establecida en el artículo 8 de la Ley de Libre Competencia no aplica a otras conductas que las expresamente recogidas en el 11.2 de dicha norma, como tampoco aplica a restricciones complementarias a acuerdos lícitos.

### 3.3.3. La estrategia de un agente dominante: Cuando el litigio se torna predatorio

El abuso de procesos legales o *sham litigation* ha sido ampliamente reconocido como una modalidad de predación. De ahí que también reciba el nombre de *litigación predatoria*. Es necesario, sin embargo, recoger con mayor detalle las premisas esenciales de esta afirmación.

## IV. CONDUCTAS PREDATORIAS COMO MANIFESTACIÓN DEL PODER DE MERCADO

¿Qué es predación?<sup>61</sup> Es necesario ser cuidadosos con el contenido que se otorgue a la definición de «predación». Por principio, no puede catalogarse como predatoria toda estrategia unilateral que imponga costos o que de otra manera obstaculice o dificulte el acceso o permanencia de un competidor en el mercado. Como se ha observado extensamente, toda estrategia desarrollada por un agente económico que tiene la capacidad de beneficiar a los consumidores (imaginemos ofertas, mejoras en la calidad o ampliación de locales) tiene también la capacidad de lesionar a sus competidores, y esta consecuencia no sólo es tolerada sino promovida por el marco jurídico que protege la libre competencia<sup>62</sup>. En otras palabras, tanto las conductas procompetitivas como las anticompetitivas tienen la capacidad de lesionar a los competidores, pero no por ello todas son catalogadas como predatorias.

Estudiada sobre todo para el caso de los llamados «precios predatorios», la predación es un tipo de conducta exclusoria desplegada por un agente con poder de mercado que se caracteriza por su agresividad (manifestada en los costos asumidos por el incumbente). Por el uso de herramientas en principio regulares o competitivas pero de una manera sobredimensionada (como es el caso de los precios predatorios o el uso predatorio de exclusividades) y por el efecto particularmente sensible que puede generar sobre la competencia, real y potencial, en el largo plazo (aunque en el corto plazo pueda estimularse el bienestar). Como señala Hernández (1997)<sup>63</sup>:

<sup>61</sup> Por fines prácticos, se ha utilizado a lo largo del presente trabajo el término «predación» en lugar de otros posiblemente más adecuados desde la perspectiva estrictamente gramática, como «depredación» o «expoliación». Esto nos permitirá ubicarnos adecuadamente en el lenguaje utilizado en la doctrina económica y del Derecho de la Competencia para analizar las implicancias de las conductas predatorias sobre los escenarios en que tales conductas tienen lugar.

<sup>62</sup> Desde una perspectiva económica formal véase, por todos: Janusz A. Ordover y Garth Saloner, *Predation, Monopolization and Antitrust*. En: Schmalensee, Richard & Robert WILLIG (eds.), *Handbook of Industrial Organization*, Volume I, Chapter: 9, North Holland, 1989, p. 537 y ss..

<sup>63</sup> Hernández Rodríguez, Francisco, *Precios Predatorios y Derecho Antitrust. Estudio Comparado de los Ordenamientos Estadounidense, Comunitario y Español*, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 38.

«[Son predatorias] las conductas, distintas de la competencia basada en los méritos, con las que una empresa, para aumentar su poder de mercado, pretende eliminar del mismo, o por lo menos perjudicar, a uno o varios competidores, mediante el empleo abusivo de medios generalmente considerados como competitivos, renunciando a los beneficios a corto plazo, con la esperanza de obtener mayores ganancias a medio o largo plazo.»<sup>64</sup>

En base a estas consideraciones, a nuestro criterio los elementos que caracterizan a una conducta como predatoria pueden ser sintetizados en la siguiente Figura N.º 3:

### FIGURA N.º 3

#### ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DE UNA CONDUCTA PREDATORIA

<b>a. El predator asume determinados costos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Se trata de una inversión cuyo retorno futuro se dará como consecuencia del éxito de la conducta.</li> <li>– En el caso de los «precios predatorios», el precio de venta es inferior a un nivel de costos (p.e. el costo variable medio).</li> <li>– En el caso de otros tipos de boicot, el costo deriva del mecanismo de predación implementado.</li> </ul>
<b>b. El perjudicado asume «costos asimétricos»</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Los costos son relativamente menores para el que origina la estrategia y relativamente mayores para quien la recibe. De lo contrario, perdería terreno frente a sus competidores.</li> <li>– Esta desproporcionalidad o asimetría se verifica en función al tamaño o la capacidad de respuesta de las empresas involucradas.</li> </ul>
<b>c. El predator espera recuperar su «inversión»</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Deben presentarse condiciones que limiten o desincentiven el reingreso de competidores ante incrementos en los precios.</li> <li>– La existencia de barreras a la entrada le permitirá al infractor tener una expectativa razonable de retorno.</li> <li>– Si es suficientemente creíble, la amenaza de predación también puede limitar la competencia potencial.</li> </ul>

Elaboración propia

<sup>64</sup> El entonces Tribunal de Defensa de la Competencia español (hoy circunscrito a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, CNMC), en su Resolución del 21 de enero de 1999 recaída en el Expediente 12/97, por la cual sancionó a Telefónica de España S.A. por una estrategia predatoria, recoge una definición bastante aproximada en los siguiente términos: «La conducta de una empresa se puede calificar de **predatoria cuando está orientada de forma directa a perjudicar significativamente a uno o varios competidores mediante el empleo de medios, de apariencia competitiva, pero no basados en su mayor eficiencia empresarial, con el objeto de mantener o reforzar una posición de dominio que permita que el sacrificio de beneficios a corto plazo suponga mayores ganancias a medio y largo plazo**» (Fundamento 8). Énfasis agregado.

En el Perú, la Comisión de Libre Competencia (siguiendo a Bork) consideró que existía una conducta predatoria cuando se presentaba una «**agresión deliberada de una empresa contra uno o más rivales mediante el empleo de prácticas comerciales que no se considerarían maximizadoras de beneficios a corto plazo de no ser por la esperanza de que: 1) los rivales tengan que salir del mercado, dejando al predator con una cuota de mercado suficiente para obtener beneficios monopolícos, o 2) de que estén lo suficientemente castigados como para abandonar el comportamiento competitivo que el predator considera inconveniente o amenazador**». Resolución 003-98-CLC-INDECOPI del 26 de agosto de 1998 (*Intradevco vs. Reckitt*), considerando 11. Énfasis agregado.

Como puede observarse, existe una marcada relación entre la capacidad del agente de imponerse a sí mismo y los perjudicados determinados costos. Estos costos determinarán la respuesta de sus competidores (en la expectativa del predador, el retiro del mercado o una disminución significativa de la intensidad competitiva), que permitirá al predador recuperar los costos sufridos.

Esta relación entre pérdidas actuales y ganancias futuras es también reconocida por Bork (1993) como el centro de toda teoría aceptable de predación. Permite establecer una diferencia con otras conductas que, aunque agresivas, pueden ser competitivas y otras que, aunque anticompetitivas, no podrían ser sostenidas por agentes que no cuentan con una posición importante en sus mercados:

*«Una teoría realista de predación reconoce que tanto el predador como sus víctimas incurrirán en costos durante la pelea, pero además supone que puede ser un cálculo racional para el predador el percibir sus pérdidas como una inversión en futuras ganancias monopólicas (cuando sus competidores desaparezcan) o en futuras ganancias inalteradas (cuando sus competidores sean disciplinados). El futuro flujo de ingresos, apropiadamente descontados, debe exceder el volumen de las pérdidas actuales»<sup>65</sup>*

Así vista, la predación es un tipo de conducta que exige un grado apreciable de poder de mercado. Manifestado en la capacidad de autofinanciar pérdidas de corto plazo en la expectativa razonable de beneficios mayores en el largo plazo. Resistiendo las estrategias que puedan adoptar los competidores afectados en respuesta, o por lo menos la capacidad de generar una amenaza creíble (significativa y sostenible) de predación. Precisamente, esta capacidad de poder alterar de manera independiente las condiciones de oferta y demanda en el mercado ha sido calificada por nuestra Ley de Libre Competencia como «posición de dominio»<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> Bork, Robert, *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*, 2ª edición, The Free Press, 1993, p. 145. Traducción libre de «Any realistic theory of predation recognizes that the predator as well as his victims will incur losses during the fighting, but such a theory supposes it may be a rational calculation for the predator to view the losses as an investment in future monopoly profits (where rivals are to be killed) or in future undisturbed profits (where rivals are to be disciplined). The future flow of profits, appropriately discounted, must then exceed the present size of the losses».

<sup>66</sup> **Decreto Legislativo 1034, modificado por el Decreto Legislativo 1205**

**Artículo 7.- De la posición de dominio en el mercado.-**

7.1. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:

- (a) Una participación significativa en el mercado relevante.
- (b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
- (c) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
- (d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
- (e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
- (f) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de estos.

7.2. La sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita.

La predación puede manifestarse en estrategias vinculadas o no al precio de los bienes o servicios sobre los que el predador ostenta posición de dominio. La estrategia predatoria vinculada a los precios se denomina, naturalmente, «precios predatorios». Consiste en adoptar una política de precios que genera pérdidas en el corto plazo para el predador (por ser inferiores, por ejemplo, a los costos variables medios), en la expectativa de obtener mayores beneficios en el largo plazo, al haber desplazado a los competidores que no pudieron sostener dicha estrategia. La predación por precios ha sido ampliamente discutida<sup>67</sup>. En general, se considera una situación posible pero improbable debido, por un lado, a los costos que involucra para el predador, la (generalmente inherente) necesidad de barreras a la entrada considerables y la posibilidad de recurrir a estrategias menos onerosas (como la que analizamos en el presente trabajo); y por otro lado, a la dificultad probatoria que acarrea una estrategia de dicha naturaleza. La experiencia del Indecopi en materia de precios predatorios no es la excepción a esta regla<sup>68</sup>.

Las estrategias predatorias pueden utilizar variables distintas al precio, si bien manteniendo en esencia la misma lógica: incurrir en pérdidas de corto plazo para maximizar las ganancias en el largo plazo<sup>69</sup>. Estas estrategias buscan impedir o dilatar la entrada, dificultar la permanencia (*raising rivals' costs*), o disciplinar a sus competidores. Incentivando la salida de los mismos o la adopción de estrategias pasivas. Alternativamente pueden disminuir la intensidad competitiva en el mercado con mecanismos agresivos. La expectativa detrás de todas estas acciones es la de recuperar los costos incurridos en las mismas, o ampliar su participación en una ulterior etapa. Lo que al final puede generar un equilibrio monopólico a costa del bienestar general.

Estas estrategias pueden adoptar cualquier forma con efecto exclusorio: desde contratos de exclusividad, hasta el impedimento de acceso o permanencia en entidades de intermediación (como asociaciones o cámaras de comercio)<sup>70</sup>. También puede incluir el bloqueo al acceso de insumos relevantes hasta la «sobreinversión» en publicidad<sup>71</sup>.

<sup>67</sup> Son conocidos los test de Areeda y Turner (1975), de Posner (1976) y de Joskow y Klevorick (1979). Más recientemente, autores que introducen una perspectiva estratégica desde la teoría de juegos consideran que la estrategia puede ser racionalmente más recurrente de lo comúnmente aceptado. Al respecto, véase, Patrick Bolton, Joseph Brodley y Michael H. Riordan, *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*, Georgetown Law Review, August 2000. Disponible en:

<https://www0.gsb.columbia.edu/faculty/pbolton/PDFS/BBRPPrincetonDP.pdf>

<sup>68</sup> En efecto, en dos décadas, únicamente en dos instancias se ha evaluado la posible existencia de precios predatorios. Se trata del procedimiento iniciado por denuncia de Intradevco contra Reckitt (1998), tramitado bajo el Expediente 006-97-CLC, que finalizó con la Resolución 003-98-CLC-INDECOPI del 26 de agosto de 1998; y de la investigación iniciada a tres empresas comercializadoras de vino, tramitada bajo el Expediente 005-2012/CLC-IP, que finalizó con la Resolución 002-2013/ST-CLC-INDECOPI del 4 de marzo de 2013. En ninguno de estos casos se acreditó la existencia de una infracción. Para mayor información, véase el Informe 031-2014/ST-CLC-INDECOPI del 25 de julio de 2014.

<sup>69</sup> Parafraseando al columnista George F.WILL (1941-), la fórmula de la predación es en todos los casos «*short-term pains for long-term gains*».

<sup>70</sup> Así, Bork, *The Antitrust Paradox*, cit. p. 156 y ss.

<sup>71</sup> Para una revisión extensa de las posibles conductas predatorias no vinculadas al precio, véase: ABA Antitrust

Algunas estrategias pueden resultar más plausibles, mientras que pueden ser más agresivas. Entre estas diversas formas de predación, se encuentra también el abuso de procesos legales (o, con más precisión, la litigación predatoria).

En suma, lo que define a las estrategias predatorias no es en sí su forma sino, como se ha observado, su capacidad para generar efectos sensibles en el proceso competitivo. Estos se consiguen a través de la imposición asimétrica de costos (incluso mediante estrategias en apariencia competitivas), que serán luego recuperados en ausencia de competencia efectiva. Por esta razón, por regla general sólo un agente dominante (es decir, uno con significativo poder de mercado que puede alterar las condiciones de oferta y demanda) podría encontrarse en capacidad de emprender satisfactoriamente una estrategia de esta naturaleza.

#### 4.1. Abuso de procesos legales como conducta predatoria

Como ha reconocido extensamente la doctrina y la jurisprudencia nacional y comparada<sup>72</sup>, el abuso de procesos legales llevado a cabo por un agente con posición de dominio es un tipo de conducta predatoria no solo posible, sino que probablemente más frecuente que cualquier otra forma de predación, debido a los menores costos que supone para el predator y la necesidad de la víctima de someterse a las reglas procesales aplicables. En efecto, en palabras de Myers (1992):

*«La litigación puede ser un mecanismo predatorio más efectivo que otras tácticas, como los precios o innovación predatorios... [L]a litigación no sería tan costosa para la empresa*

---

Section Monograph N.º 18, *Non Price Predation under Section 2 of the Sherman Act*, Thomas Sullivan (ed.), American Bar Association, Section of Antitrust Law, 1991.

<sup>72</sup> Para un reporte de la discusión en torno al *sham litigation* a nivel internacional, con especial énfasis en su recurrencia en la litigación sobre derechos de propiedad intelectual, véase: WIPO-IPEA, *Study on the anti-competitive enforcement of intellectual property rights: Sham litigation*, Lucía Helena Salgado y Graziela Ferrero (coord.), preparado por el Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada para el World Intellectual Property Organization, 2012. Disponible en:

[http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/cdip\\_9/cdip\\_9\\_inf\\_6\\_rev.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/cdip_9/cdip_9_inf_6_rev.pdf)

Para una visión de los desafíos que enfrenta la agencia de competencia en Estados Unidos, jurisdicción donde se concentra la mayor parte de la discusión, véase: Federal Trade Commission, *Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine*, An FTC Staff Report, 2006. Disponible en:

[https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/advocacy\\_documents/ftc-staff-report-concerning-enforcement-perspectives-noerr-pennington-doctrine/p013518enfperspectnoerr-penningtondoctrine.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/advocacy_documents/ftc-staff-report-concerning-enforcement-perspectives-noerr-pennington-doctrine/p013518enfperspectnoerr-penningtondoctrine.pdf)

Para una revisión del estado y perspectivas de la litigación predatoria en la Unión Europea, véase: Rickardsson, Ola, *Patent misuse and 'sham'*, *Development of new principles under EU competition law*, Master thesis, Lund University: Faculty of Law, 2010. Disponible en:

<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1678737&fileId=1728683>

Para la discusión en la doctrina en nuestro país, consúltense a los autores citados la sección 1.1 del presente trabajo. En lo que a jurisprudencia se refiere, los casos resueltos más importantes son los de *Pilot* (2007) y *Apofer* (2011), también citados en la referida sección. El caso reciente más importante de abuso de procesos legales es el iniciado por la denuncia de Cementos Otorongo S.A.C. en contra de Gloria S.A. y Yura S.A., tramitado bajo el Expediente 005-2010/CLC y decidido en primera instancia mediante Resolución 029-2015/CLC del 12 de agosto de 2015.

*dominante como la predación por precios. [En efecto], si la estructura de costos de la empresa entrante es relativamente similar a la de la empresa dominante, una estrategia de precios predatorios exige a la empresa dominante incurrir en pérdidas sustanciales para desincentivar la entrada. (...)*

*En cambio, la litigación predatoria no generará mayores costos para el predator que para la víctima. De hecho, la litigación puede permitir a la empresa dominante imponer costos asimétricos sobre el entrante a través del uso efectivo de la carga probatoria [debido a que] las demandas legales son usualmente mucho más fáciles de elaborar que de rebatir, especialmente cuando los requisitos para obtener un rechazo sumario [a tales acciones] son demandantes y estrictos. (...) Debido a que la víctima, con todo que perder ante una decisión adversa, sentirá la necesidad de incurrir en costos significativos para su defensa, los costos del incumbente al enfrentar a su víctima serán menores a los costos en que incurre la víctima para contestarle.»<sup>73</sup>*

[Citas internas omitidas]

En esa línea, podemos contrastar las características de la litigación predatoria con nuestro esquema de los elementos de toda conducta predatoria y comprobar que calzan más que cómodamente:

---

<sup>73</sup> Traducción libre de: «Litigation may be a more effective means of predation than other tactics, such as predatory pricing and innovation. Michael W. Bien points out, for example, that litigation may not be as costly for the dominant firm as predatory pricing. If the new entrant's cost structure is relatively similar to that of the dominant firm, predatory pricing requires the dominant firm to incur substantial losses in deterring entry. (...) Predatory litigation, on the other hand, should not cost the predator more than it does the target. In fact, litigation may allow the dominant firm to impose asymmetrical costs on the entrant through the effective use of burdensome discovery requests.' As James D. Hurwitz has noted, "Legal claims are often far easier to make than to refute, especially when the requirements for obtaining summary disposition are demanding and strict." (...) Because a target, with everything to lose from an adverse decision, will feel the need to spend heavily on its defense, the incumbent's cost of objecting to the target will be lower than the target's cost of responding to those objections». Myers, Gary, *Litigation as a Predatory Practice*, Kentucky Law Journal N.º 80, 1992, p. 597. Disponible en: <http://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1298&context=facpubs>



**FIGURA N.º 4****ABUSO DE PROCESOS LEGALES COMO CONDUCTA PREDATORIA**

<p><b>a. El predador asume determinados costos</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– El dominante incurrirá en costos al emprender su estrategia de procesos legales, una inversión cuyo retorno tendrá lugar como consecuencia del éxito de dicha estrategia. Como se ha observado, estos costos pueden ser inferiores a los de otras formas de predación.</li> <li>– Los costos pueden ser de naturaleza diversa: Desde los fácilmente apreciables como las tasas procesales y los honorarios de abogados, y como los recursos materiales empleados; hasta otros más complejos como la reputación y el costo de oportunidad por alguna inversión alternativa de su tiempo y recursos.</li> </ul>
<p><b>b. El perjudicado asume «costos asimétricos»</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– La víctima (destinataria de los procesos) percibirá costos mayores al del predador. Por un lado, incurrirá en los costos procesales y materiales antes indicados.</li> <li>– Sin embargo, no podrá diluir sus costos entre las ganancias que obtenga en el mercado. O bien (tratándose de un entrante) aún no genera rentas o bien (tratándose de un competidor) su capacidad de financiar las pérdidas es inferior a la del agente dominante.</li> <li>– Esta asimetría en la imposición de costos resulta determinante.</li> </ul>
<p><b>c. El predador tiene la expectativa de recuperar su «inversión»</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Al impedir, demorar, entorpecer o disciplinar la entrada o permanencia de un competidor en el mercado; el predador se encontrará en mejor capacidad de ejercer su poder de mercado.</li> <li>– Por un lado ha debilitado o eliminado a uno o más competidores. Pero además ha ganado «reputación predatoria», una señal para potenciales competidores.</li> <li>– La combinación entre esta «amenaza creíble» y las barreras existentes garantizarán la rentabilidad de la conducta en el largo plazo.</li> </ul>

Elaboración propia

Es cierto, reiteramos, que un agente sin posición de dominio también puede recurrir a financiamiento «extra» para emprender una estrategia anticompetitiva (nuevamente, podría tratarse de cualquier conducta y no sólo de abuso de procesos legales). Sin embargo, además de la implausibilidad de sostener dicho financiamiento en plazos considerables (sobre todo en escenarios de escasa información o de riesgos considerables); únicamente un agente dominante se encuentra en una posición tal que puede imponer costos de forma «asimétrica» sobre sus competidores. Las pérdidas que asume por sí mismo son asumidas en una proporción mayor por sus competidores (en especial, si se trata de competidores que esperan por ingresar al mercado y que aún no generan rentabilidad alguna). Esta situación se cumple con mayor razón si, como se ha señalado, los costos que asume el predador pueden limitarse a gastos legales, mientras que sus precios (y las cantidades que vende) no se ven afectados.

Para el agente dominante, una mayor participación en el mercado le permite obtener –en condiciones de eficiencia productiva similares– una mayor rentabilidad por los bienes y servicios que presta (incluso sin considerar economías de escala posibles en la generalidad de mercados). Las mayores ganancias obtenidas le permiten diluir

cualquier costo que enfrente, de manera más eficaz que sus competidores. También le permiten emprender –bajo las circunstancias antes señaladas–, estrategias competitivas (o anticompetitivas), que pueden impactar en las condiciones de oferta y demanda existentes. Esta independencia de presiones significativas, que regularmente enfrentan los agentes en escenarios competitivos, es la manifestación del poder mercado del agente dominante.

De esta manera, mientras mayor sea su poder del mercado, el predador podrá destinar mayor parte del excedente a financiar conductas anticompetitivas de manera rentable. Ingresando así en un círculo «virtuoso» para él, pero «vicioso» y perjudicial para el sistema competitivo. Esta premisa, no sólo ha sido recogida por la doctrina internacional antes referida, sino que incluso cuando el abuso de procesos legales aún no se encontraba expresamente recogido en la antigua Ley de Libre Competencia, Bullard y Falla (2005), ya habían señalado lo siguiente:

*«[La litigación predatoria] es una lucha desigual en la que el monopolista tiene todo que ganar y el entrante todo que perder. Ello explica por qué, el efecto anticompetitivo es mucho mayor y claro cuando es desarrollado por una empresa con posición de dominio en el mercado que abusa de tal posición. Ello, como consecuencia de la diferencia de incentivos y recursos disponibles entre el monopolista y el entrante [el primero litiga para mantener sus márgenes monopólicos mientras el segundo lo hace para obtener márgenes competitivos]. Y es ello lo que hace saludable la intervención de la agencia de competencia, justamente para contrarrestar estas diferencias y “allanar la cancha” para una competencia justa»<sup>74</sup>*

Como se observa, el abuso procesal (como tal) no requiere de la posición de dominio, pero sí la requeriría una estrategia predatoria sostenible, reprochable por el sistema que protege la competencia. Por ello, la única intervención (naturalmente enérgica) de la autoridad de competencia debe presentarse frente a casos de predación legal, que en línea con lo hasta aquí señalado, se torna nociva (en el largo plazo) cuando quien

<sup>74</sup> Bullard, Alfredo y Alejandro Falla, *El abogado del diablo*, cit. p. 44. Más adelante, profundizando en la discusión sobre la necesidad de la posición de dominio (p. 49-50): «[T]al y como habría sido definida por la Comisión [de Libre Competencia], entendemos que el “abuso de procesos legales” es una práctica que en principio no requeriría que la empresa que desarrolla la práctica cuente con poder de mercado... Sin embargo, entendemos que la existencia de posición de dominio... es un factor que puede determinar en gran medida las posibilidades de éxito de la práctica, así como la gravedad de sus efectos en el mercado. A nuestro entender, el uso de una estrategia predatoria de este tipo es mucho más seria y requiere una intervención mucho más enérgica de la autoridad, cuando quien la desarrolla cuenta con posición de dominio en el mercado».

En un sentido similar: Rivera Serrano, Alfonso, *Cómo pasar un camello por el ojo de una aguja*, cit., p. 53-54: «Mientras mayor sea la cuota de participación en el mercado de la empresa actualmente posicionada en él, mayor será la rentabilidad para ella de esta estrategia. Así, los costos procesales para esta empresa prácticamente se diluirán entre sus ventas totales, mientras que los costos procesales impactarán más a los competidores con una menor cuota de mercado, al tener un menor porcentaje relativo de las ventas donde distribuirlos. El efecto será mayor cuando el potencial competidor pretende ingresar a un mercado monopólico».

emprende esta estrategia cuenta con una posición de dominio (o por lo menos una posición cuasi-dominante)<sup>75, 76</sup>.

La masificación de la represión, a través de la aplicación de las normas de competencia desleal, puede convertirse en una herramienta que desincentive acciones legales potencialmente legítimas, bajo una hipótesis de deslealtad que, o bien está cubierta por las normas procesales comunes («mala fe procesal») o bien no tiene la capacidad de afectar el proceso competitivo (el «predador» sale perdiendo con su estrategia por la existencia de competencia efectiva en el mercado).

Como se ha señalado, en los casos que son materia de preocupación por parte de las normas de libre competencia, lo relevante no es tanto la «injusticia» que puede revestir una conducta en base a un estándar de «buena fe», como la capacidad de que tal conducta —objetivamente— pueda provocar un daño sensible a la competencia. Y precisamente eso es lo que se pretende al calificar la ilegalidad de una estrategia de predación legal por parte de un agente con posición de dominio: impedir que dicho agente provoque una afectación que sólo un dominante puede provocar, no solamente sobre algunos competidores en concreto, sino sobre el mercado en que se desenvuelve y contra el sistema económico en general.

#### **4.2. La aplicación de las normas de competencia desleal puede significar un riesgo innecesario para los derechos de acción y petición**

Como se ha desarrollado, la aplicación de las normas de libre competencia no sólo resulta adecuada, sino que, a nuestro entender, está en mejor posición de reprimir el abuso de procesos legales (como conducta predatoria) que las normas de competencia desleal (en escenarios competitivos). Pero además, es necesario resaltar que la aplicación de las normas de competencia desleal a casos de abuso de procesos legales podría resultar innecesariamente lesiva de los derechos de acción y petición.

En efecto, empecemos observando lo siguiente: si las normas de competencia desleal no exigen un requisito adicional para sancionar un supuesto de abuso procesal (como la prueba de una afectación probable al mercado), ello podría significar que, en base a dichas normas, se pueden sancionar conductas cuya relevancia se circunscribe al contexto de las instancias administrativas y judiciales donde se tramitan los procesos cuestionados.

<sup>75</sup> Hacemos referencia, nuevamente, a la figura de la *monopolización*, no recogida actualmente por la Ley de Libre Competencia.

<sup>76</sup> En contra, Enrique Cavero Safrá, *Usted abusó*, cit., p. 260, para quien «[a] diferencia de otros casos típicos de abuso de posición de dominio, en los cuales el efecto anticompetitivo se genera porque la posición de dominio le permite al infractor ejercer cierta presión o coacción, que disminuye la capacidad de reacción del competidor o consumidor afectado, en el caso del abuso de procesos legales, ni la capacidad de acción del infractor ni la capacidad de reacción del afectado dependen de la existencia de posición de dominio».

En otras palabras, los supuestos comunes de temeridad procesal podrían constituir a su vez infracciones a las normas de competencia desleal, y podrían ser sancionados tanto por las instancias competentes en los procesos cuestionados, así como por la CDI en Indecopi, sin mayores limitaciones que el alcance de la «buena fe comercial». Ello se debe a que la «mala fe procesal», puede plausiblemente traducirse en «mala fe comercial». De hecho, en el procedimiento contra Coca Cola (2006)<sup>77</sup>, la responsabilidad de la empresa se sustentó principalmente en el uso de una «denuncia encubierta» (una típica forma de temeridad procesal) más que en cualquier posibilidad de afectación real o potencial significativa sobre el mercado.

Así, si en un proceso judicial o administrativo –donde el enfrentamiento entre competidores es sumamente frecuente– una autoridad ha calificado determinada actuación procesal como «abusiva» por atentar contra la «buena fe procesal», podría presumirse que tal elemento bastaría para sancionar la misma conducta como una infracción de competencia desleal, por atentar contra la «buena fe comercial» que debe regir las actuaciones entre agentes que concurren en un mercado.

Nosotros estimamos que las normas del Derecho Ordenador del Mercado no deberían resultar tan expeditivas como para limitar el ejercicio de los derechos fundamentales como los de acción y petición con umbrales tan relativos, o que no se encuentren necesariamente asociados con una afectación sensible al proceso competitivo. Por el contrario, tratándose precisamente de un derecho «ordenador», no debe tener por objeto la limitación indiscriminada de derechos, menos aún de libertades fundamentales y derechos políticos de primer orden, como en este caso.

Aunque un análisis profundo de la materia excede del ámbito del presente trabajo, es imprescindible señalar que los derechos de acción y petición, en tanto derechos fundamentales de primer orden, constituyen límites inherentes y transversales a todo el ordenamiento jurídico<sup>78</sup>. De hecho, la doctrina del abuso de procesos legales ha desarrollado extensamente la prevalencia de estos derechos (que resultan esenciales para la comunicación entre autoridades y ciudadanos), aun en escenarios donde la competencia puede ser restringida (lo que se conoce como *Doctrina Noerr-Pennington*<sup>79</sup>).

<sup>77</sup> Véase la sección II.2 del presente trabajo.

<sup>78</sup> Al respecto, la Constitución garantiza el derecho de petición en su artículo 2.20 «*Toda persona tiene derecho: A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad.*».

Por su parte, el derecho de acción (que en puridad es una manifestación del derecho de petición) ha sido definido por el Tribunal Constitucional (Sentencia al Exp. 2293-2003-AA/TC del 5 de julio de 2004, fundamento 2) como «*la facultad o poder jurídico del justiciable de acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela efectiva, independientemente de que cumpla con los requisitos formales o de que su derecho sea fundado. En ese sentido, toda persona natural o jurídica puede recurrir al órgano jurisdiccional para ejercitar su derecho de acción –plasmado físicamente en la demanda– en forma directa o mediante representante, con la finalidad de que éste dé solución a un conflicto de intereses intersubjetivos o a una incertidumbre jurídica, a través de una decisión fundada en derecho.*».

<sup>79</sup> Dicha doctrina, como principio o garantía para proteger la legítima y deseable comunicación de los ciudadanos

Así, incluso el ejercicio de estos derechos con una intención manifiestamente anticompetitiva no puede ser controvertido sin que medie probanza de un ejercicio abusivo (que no pretende un pronunciamiento favorable de las autoridades) y predatorio (que esté dirigido a lesionar la competencia). Esta excepción por fraude (*sham exception*<sup>80</sup>) no constituye una limitación intrínseca a los derechos de acción y petición, sino una armonización de tales prerrogativas con los objetivos de la política de competencia.

Por ello, siendo coherentes con la excepcionalidad en la limitación de derechos fundamentales; un adecuado balance exige que sólo las conductas que más sensiblemente afectan el desenvolvimiento de los mercados puedan ameritar algún tipo de restricción desde el Derecho Ordenador del Mercado. Ello es precisamente lo que se logra al circunscribir la represión de la litigación predatoria al ámbito de la Ley de Libre Competencia<sup>81</sup>. Además, por la naturaleza de su tipificación, los supuestos de predación legal estarán siempre sometidos a una prohibición relativa<sup>82</sup>, de tal manera que sólo son sancionables aquellas conductas donde objetivamente pueda apreciarse una afectación real o potencialmente significativa a la competencia y al bienestar de los consumidores. Las normas de competencia desleal no prevén un estándar equivalente.

Así, considerando que las normas de competencia desleal no exigen una situación excepcional (que un agente goce de posición de dominio en el mercado), como tampoco un impacto sensible (sobre el mercado y el bienestar de los consumidores); estimamos que no deberían ser un instrumento de represión de supuestos de abuso de procesos legales. Porque sin tales umbrales no existe una justificación razonable para generar una restricción legítima a los derechos de acción y petición. Ello, con mayor razón, si se considera que el problema de la «mala fe» podría ser enfrentado con las reglas que ya existen disciplinar a las partes y los abogados que intervienen en la tramitación de procesos legales en sus respectivos fueros<sup>83</sup>.

---

hacia las autoridades para la tutela o promoción de sus intereses (incluso cuando el objeto de lo solicitado sea en esencia anticompetitivo), debe su nombre a que tuvo origen en dos pronunciamientos de la Corte Suprema Norteamericana: *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc. et al.*, 365 U.S., 127 (1961) y *United Mine Workers of America v. Pennington et al.*, U.S. 381, 657 (1965).

<sup>80</sup> Nombre otorgado a raíz de la decisión de la Corte Suprema Norteamericana en *Noerr* (1961) e interpretado en la sentencia sobre el caso *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*, 404 U.S. 508 (1972).

<sup>81</sup> La represión de casos de abuso de posición de dominio involucra casi siempre la restricción (legítima) de libertades fundamentales como el derecho de propiedad, la libertad contractual y de contratación e incluso la libertad empresarial; en tanto se entiende que han sido ejercidas en una dimensión no permitida por el ordenamiento jurídico.

<sup>82</sup> **Decreto Legislativo 1034, modificado por el Decreto Legislativo 1205**

**Artículo 9.- Prohibición relativa.-**

En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

<sup>83</sup> Cómo hemos señalado anteriormente, es posible que los problemas de «mala fe procesal» entre competidores litigantes (en escenarios competitivos) puedan corregirse al reforzar el sistema de reglas que buscan reprimir tales

### **4.3. Bonus: La regla procesal establecida por el Tribunal puede generar problemas prácticos**

Además de los argumentos introducidos hasta este punto, resulta importante tomar nota de algunos problemas prácticos que pueden presentarse como consecuencia de la regla procesal adoptada por el Tribunal en el caso Willy Busch (2013)<sup>84</sup>, frente a potenciales casos de abuso de procesos legales que puedan encontrarse sujetos, alternativamente, a las normas de libre competencia o a las de competencia desleal (asumiendo, claro está, que tal concurrencia en las competencias de la CLC y la CDI fuese técnicamente plausible).

#### *4.3.1. La multiplicación de los trámites*

En primer lugar, la regla adoptada por el Tribunal puede generar una multiplicidad de escenarios procesales no deseados, que pueden restar eficacia a la labor de los órganos del Indecopi formalmente competentes (según el propio Tribunal) para conocer casos de abuso de procesos legales. Para explicar estas posibilidades, a continuación se presenta un ejercicio bastante simple.

En una situación donde una empresa «A» denuncia a un competidor «B» por un supuesto abuso de procesos legales ante la CDI (es decir, una infracción a la cláusula general), «A» será el encargado de demostrar, a nivel indiciario, que «B» no tiene posición de dominio (en realidad, el Tribunal circunscribe la probanza a una «situación de privilegio en cuanto a su cuota de mercado»). Mientras que la Secretaría Técnica de la CDI (ST-CDI) debe realizar un descarte de la posible existencia de una posición de dominio antes de promover el inicio de un procedimiento administrativo sancionador contra «B» (en términos del Tribunal, sólo podrá iniciar un caso «si no encuentra indicios sólidos de una posición de dominio»). Distintas situaciones pueden ocurrir, y las principales se presentan a continuación (Figura N.º 5).

---

inconductas en el Derecho Procesal; no siendo necesario recurrir al Derecho de la Competencia Desleal para estos efectos.

<sup>84</sup> Industrias Willy Busch S.A. contra de Filtros Lys S.A., Resolución 0858-2013/SDC-INDECOPI del 24 de mayo de 2013. Para los detalles, véase la sección 1.2.e del presente trabajo.

**FIGURA N.º 5****POSIBLES EVENTUALIDADES EN APLICACIÓN DE LA REGLA WILLY BUSCH (2012)**

<b>El denunciante «A» y la ST-CDI concuerdan en que no habría posición de dominio.</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– La CDI concuerda en que no existiría una posición y el caso culmina con una decisión sobre el fondo. (Escenario procesalmente ideal)</li> <li>– La CDI considera que sí existirían «indicios sólidos» de una posición de dominio y decide inhibir su pronunciamiento, trasladando el Expediente a CLC.</li> </ul>
<b>La ST-CDI considera que existen «indicios sólidos» de posición de dominio.</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– El denunciante «A» está de acuerdo con la ST-CDI y el caso es derivado a la CLC.</li> <li>– El denunciante «A» no está de acuerdo con la ST-CDI y presenta una queja. (El resultado de la queja determinará su siguiente acción)</li> </ul>
<b>El denunciado «B» tendría posición de dominio pero «A» convence a la ST-CDI de lo contrario.</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– La CDI o la ST-CDI descubren el error en el transcurso del procedimiento y remiten el Expediente a CLC.</li> <li>– La CDI tampoco repara en el error (no reconoce una posición de dominio) y emite un pronunciamiento sobre el fondo. (Peor escenario.)</li> </ul>
<b>«B» tendría posición de dominio y la ST-CDI rechaza la denuncia a priori.</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– El denunciante «A» intenta «corregir» la denuncia para que sea aceptada por la ST-CDI.</li> <li>– «A» traslada su denuncia a la CLC.</li> </ul>

Elaboración propia

Tanto el lector que encuentra estas posibilidades exageradas, como el que las encuentra plausibles, debe reparar en que este cuadro no refleja dos ejes de acción que pueden multiplicar significativamente los posibles escenarios: (1) la autoridad a la cual pueden derivarse los casos, es decir, la CLC; y (2) el propio agente denunciado «B».

En efecto, en ninguna de estas situaciones está contemplada todavía la posibilidad de que la CLC o su Secretaría Técnica (ST-CLC) consideren que se está siguiendo indebidamente un procedimiento ante CDI. O bien que en el procedimiento ante CLC, el resultado (preliminar o final) arroje que «B» no tenía posición de dominio, con lo cual el caso deberá volver a CDI.

Tampoco se ha considerado la más que probable actitud estratégica de «B». Dependiendo del foro, «B» podría quejar a la ST-CDI por el inicio de un procedimiento sancionador que es competencia de otra autoridad (por ejemplo, porque su cuota de mercado es significativa) mientras que ante la CLC puede argumentar que su cuota (significativa o no) no le permite actuar como un agente dominante, con lo cual el caso debería trasladarse a CDI.

Además, la regla inversa y equivalente para denuncias ante la CLC (que el denunciante aporte elementos que den cuenta de la posición de dominio del denunciado y en caso que la ST-CLC considere la ausencia de tales elementos, debe remitir el expediente a CDI); provocaría un conjunto de posibilidades comparable con las ya enumeradas.

Finalmente, un actor cuya participación podría incrementar estos escenarios, si bien menos frecuente, es el Tribunal del Indecopi. En efecto, no sólo las quejas o contiendas de competencia que el Tribunal podría resolver multiplican los posibles cursos de acción sino también, por ejemplo, la confirmación o reversión de pronunciamientos en primera instancia vinculados a la regla aquí analizada.

Si el lector aún encuentra improbables estas situaciones, debe recordar que un escenario similar ya ha tenido lugar recientemente. Como hemos señalado anteriormente, en el caso *Farminindustria* (2012)<sup>85</sup>, el denunciante emprendió una acción bajo la cláusula general que fue admitida a trámite, pero la CDI decidió inhibirse de emitir un pronunciamiento y trasladar el caso a CLC. Irónicamente, el que impugnó esta decisión de dejar sin efecto el procedimiento no fue el denunciante sino el denunciado (quien manifestó su deseo de que la CDI emitiera un pronunciamiento sobre el fondo). El Tribunal confirmó la inhibición de la CDI (si bien revocó la concesión de la apelación del denunciado).

Cabe resaltar que la referida inhibición, no obstante, no se debió a que la CDI encontrase «indicios sólidos» de una posición de dominio en el denunciado, sino a que la CDI encontró que el denunciante, en realidad, intentaba denunciar un abuso de posición de dominio. Tal vez los involucrados hubieran actuado de manera distinta si la regla de *Willy Busch* se hubiese adoptado antes. En cualquier caso, *Farminindustria*, todavía pendiente de decisión ante la CLC, es una muestra de las complicaciones procedimentales que pueden presentarse cuando existen dos órganos dentro de una misma institución con competencia para investigar una misma conducta bajo reglas imprecisas, incluso descontando a otros actores con plena libertad para actuar estratégicamente.

#### 4.3.2. Una paradoja: Es mejor que la autoridad nos considere dominantes

Más preocupante, desde una perspectiva técnica, resulta la posible coexistencia de criterios distintos para calificar el abuso de procesos legales. Esta preocupación no se debe intrínsecamente al tipo de análisis que el Tribunal haya exigido para acreditar que el ejercicio de los derechos de acción y petición resulta abusivo (que a nuestro entender resulta inadecuado) sino a una razón más elemental. En *Willy Busch* el Tribunal ha adoptado una regla procesal partiendo de la premisa (infundada) de que la única diferencia entre la CLC y la CDI, frente a supuestos de abuso de procesos, es que una se encarga de sancionar a empresas dominantes y la otra, a las demás.

Sin embargo, como se ha observado extensamente en el presente trabajo, las normas de competencia desleal y las de libre competencia (y la interpretación vigente de ellas) distan de tener objetivos, criterios y metodologías equivalentes. Ello genera que, al ser aplicada,

---

<sup>85</sup> *Farminindustria S.A. contra de Productos Roche QFSA*, Resolución 1444-2012/SC1-INDECOPI del 26 de junio de 2012. Para los detalles véase la sección 1.2.d del presente trabajo.



la regla procesal de *Willy Busch* resulta más benevolente para los agentes con posición de dominio o, lo que es lo mismo, más onerosa para los agentes sin tal posición dominante.

En efecto, en términos simples: Si «C» (que no tiene posición de dominio) abusa de procesos legales en un escenario competitivo (donde la posible afectación es reducida) será sancionado cuando se cumpla con la condición de que el litigio sea «abusivo» (cualquiera que sea el estándar aplicable), ya que se ha considerado que tal forma de temeridad constituye, por sí misma, una infracción a la cláusula general<sup>86</sup>. En cambio para poder sancionar a «D», agente dominante, se exigirá, además que (i) efectivamente tenga una posición de dominio, que (ii) haya emprendido el litigio abusivo, y que (iii) haya afectado, o haya podido afectar, la competencia y el bienestar de los consumidores.

En otras palabras, si «C» y «D» emprendiesen una misma conducta en sus respectivos mercados, la probabilidad de que sancionen a «C» por una conducta de menor peligrosidad sería mayor que la probabilidad de sanción para «D», debido al estándar de prueba exigible según las normas de competencia desleal y las libre competencia, respectivamente aplicables a «C» y «D». De pronto, ser un agente dominante se ha convertido en una situación (más) deseable. Pues los costos de emprender dicha conducta serán redobladamente menores para el dominante, al haber disminuido la probabilidad de sanción.

Esta comprobación conlleva serios cuestionamientos. Considerando la clara posibilidad de que la conducta de un agente dominante no supere el estándar de prueba (alto) exigible según las normas de libre competencia (por ejemplo, porque afectó a un competidor pero no en sí a la competencia, o porque no pudo demostrarse el potencial daño a los consumidores); pero sí cumpliera con el estándar (bajo) exigible según las normas de competencia desleal. ¿No es más bien inicuo sancionar a empresas (sin poder de mercado) por conductas por las que un agente dominante no estaría sujeto a reproche? ¿No sería más coherente que la represión del abuso, de considerarse necesaria, siga un camino inverso?

Si bien estos argumentos tienen poco que ver con la necesidad de represión del abuso de procesos legales desde las normas de competencia desleal, dan cuenta, en cambio, de los problemas no tan improbables que se pueden generar a raíz del estándar permisivo actualmente reconocido por el Tribunal del Indecopi.

<sup>86</sup> Willy Busch (2013), considerando 128: «[E]l abuso de procesos legales también es una conducta que puede ser sancionada por la Ley de Represión de la Competencia Desleal como un acto contrario a la cláusula general, puesto que constituye una conducta que contraviene la buena fe empresarial. Ello, debido a que dicha conducta dificulta o entorpece indebidamente el normal desarrollo de las actividades que un agente económico puede realizar, obstaculizando de esta forma su concurrencia en el mercado».

Esta afirmación es coherente con el artículo 7.2 de la Ley de Competencia Desleal, que establece que «[no] será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial.»

Una última pregunta, no del todo fuera de contexto: ¿Podría prescribir un posible caso de abuso de procesos legales por haber sido inicialmente investigado por una autoridad (finalmente) incompetente?

#### 4.4. Síntesis de nuestra posición

Considerando la extensión del presente trabajo, la siguiente figura sintetiza los argumentos esgrimidos para sustentar que el abuso de procesos legales (como instrumento de predación) debe encontrarse sujeto a las normas de libre competencia, en contra de la hipótesis de que el abuso de procesos legales debería ser una conducta principal o exclusivamente analizada desde la perspectiva de las normas de competencia desleal:

### FIGURA N.º 6

#### SÍNTESIS: LITIGACIÓN PREDATORIA COMO INFRACCIÓN A LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA

<p><b>1. Las normas de libre competencia y de competencia desleal persiguen objetivos distintos</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– La cláusula general no debe interpretarse de manera expansiva: No toda conducta ineficiente es desleal.</li> <li>– Las reglas de leal competencia generalmente cobran relevancia únicamente en escenarios competitivos.</li> <li>– Las normas de libre competencia analizan conductas que, con independencia de la «buena fe» con que se materializan, pueden provocar un efecto sensible sobre el proceso competitivo.</li> </ul>
<p><b>2. La posición de dominio convierte una conducta agresiva en predatoria</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– La posición de dominio no es esencial para agredir a competidores, pero sí para provocar una afectación sensible al proceso competitivo y al bienestar de los consumidores.</li> <li>– La capacidad de imponer costos asimétricos y de recuperar una «inversión anticompetitiva» resulta determinante en toda estrategia predatoria.</li> <li>– A diferencia de otros agentes, un dominante puede emprender por sí mismo conductas predatorias de manera sostenida y rentable.</li> </ul>
<p><b>3. La litigación predatoria es típicamente una modalidad de abuso de posición de dominio</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– La litigación predatoria es una estrategia de desgaste que busca impedir o demorar la entrada, provocar la salida, dificultar o disciplinar la competencia.</li> <li>– Sólo un agente dominante se encuentra en capacidad de imponer unilateralmente costos asimétricos a través de la litigación y tener una expectativa razonable de recuperarlos ejerciendo poder de mercado.</li> </ul>
<p><b>4. La litigación en escenarios competitivos no debe sancionarse por el Derecho de Mercado</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– En escenarios competitivos, ningún agente puede sostener por sí mismo una estrategia predatoria.</li> <li>– El abuso o «mala fe procesal» en este ámbito podría ser corregido con las normas procesales ordinarias.</li> <li>– Al equiparar la «buena fe comercial» con la «buena fe procesal» se genera un riesgo de doble sanción.</li> <li>– Esta mayor represión puede constituir además un riesgo injustificado a los derechos fundamentales de acción y petición.</li> </ul>
<p><b>5. La regla de «doble jurisdicción» adoptada en Wily Busch (2013) es problemática</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Considerando todos los posibles actores, las eventualidades procesales se multiplican exponencialmente.</li> <li>– Paradójicamente, los agentes no dominantes se sujetan a una regla más onerosa que los dominantes.</li> </ul>

Elaboración propia

## V. CONCLUSIONES

En un contexto donde la sobrerregulación es un peligro constante, las instituciones públicas —en particular aquellas que pueden decidir sobre la limitación de derechos de los particulares (la llamada «función de policía»)– deben ser especialmente cautas al momento de interpretar las normas que les atribuyen competencias para perseguir y reprimir determinadas conductas. Dicha represión debe ser únicamente consecuencia de un adecuado balance entre la necesidad de proteger los bienes, derechos e intereses de determinados sectores y la necesidad de evitar cualquier injerencia indebida sobre los bienes, derechos e intereses de otros. En otras palabras, tratándose de la potestad sancionadora, las autoridades deben procurar que la represión de determinadas conductas se produzca *sí* en el mínimo nivel indispensable para garantizar los intereses que están llamados a tutelar, pero *no* permitiendo que llegue a niveles donde puede generar, no solo la ineficiente asignación de recursos públicos, sino la lesión indebida de intereses igualmente tutelables.

Los argumentos introducidos en el presente trabajo apuntan precisamente a ello: evitar la proliferación de un mecanismo de represión de conductas de los agentes económicos que bien podrían encontrarse adecuadamente reguladas en el Derecho Procesal, limitando la aplicación del Derecho de la Competencia a los casos donde el efecto de este tipo de conductas supera la esfera estrictamente privada de las relaciones comerciales (incluyendo las ocasionales disputas de los privados ante los tribunales). El Indecopi no debe convertirse en una nueva instancia donde se discuta la buena o mala fe en la actuación procesal de un agente, cuyo impacto se circunscribe al contexto de las instancias administrativas y judiciales donde tiene lugar. La predación legal es, en cambio, un tipo de conducta claramente lesiva del sistema económico que no puede ser controlada por las reglas procesales existentes. Por ello, la represión del abuso de procesos legales cobra especial importancia desde la óptica de las normas de libre competencia: no se trata de cualquier ejercicio abusivo de derechos, sino de una estrategia predatoria, mediante la cual un agente con posición de dominio puede provocar una afectación sensible sobre el mercado. Algo que para las normas de competencia desleal resulta, en el mejor de los casos, una preocupación oblicua.

Se cumple así, en este caso, que la intervención del Derecho Ordenador del Mercado no sólo es posible, sino también deseable frente a casos de litigación predatoria como modalidad de abuso de posición de dominio, infracción a las normas de libre competencia. Queda una cuestión pendiente, no obstante, acerca de la forma más adecuada en que las autoridades encargadas de aplicar las normas de libre competencia deben comprobar la existencia de una estrategia de litigación predatoria. Lo que exige un balance apropiado entre la necesidad de proteger el proceso competitivo frente a conductas restrictivas y la necesidad de garantizar el libre ejercicio legítimo de los derechos de acción y petición. Sin embargo, tal discusión corresponde a otro trabajo, posiblemente más ambicioso que el presente.

## BIBLIOGRAFÍA

### Publicaciones

ABA Antitrust Section Monograph N.º 18, (1991). *Non Price Predation under Section 2 of the Sherman Act*, Thomas Sullivan (ed.), American Bar Association, Section of Antitrust Law.

BOLTON, P., J. BRODLEY y M. H. RIORDAN, (2000). *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*, Georgetown Law Review.

BORK, R. (1993). *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*, 2ª edición, The Free Press.

BULLARD, A. y A. FALLA, (2005). *El abogado del diablo*. En: *Ius et Veritas*, Año XV, N.º 30.

CÁCERES FREYRE, F. (2008). *El Abuso de Procedimientos Administrativos y Judiciales. ¿Cuánto poder necesita el “Diablo”?*, *Enfoque Derecho*, Año 7, N.º 76.

CALDERÓN, A. y H. ORTIZ, (2012). *Nacimiento y muerte del abuso de procesos legales anticompetitivos en el Perú: Análisis del caso Apofer versus Fetrans, Perurail y otros*. En: *Revista de Economía y Derecho*, Vol 10, No 38.

CAVERO SAFRA, E. (2011). “Usted abusó”, *El abuso de procesos legales frente a los derechos de acción y petición*. En: *Revista de Derecho Administrativo N.º 10, Derecho de la Competencia*, Circulo de Derecho Administrativo.

DIEZ CANSECO NÚÑEZ, L. J. (2009). *La Teoría del Abuso de Procedimientos Legales como parte del Derecho Antitrust y los criterios objetivos para su imputación. A propósito de la denuncia presentada por APOFER en contra de Ferrocarril Trasandino S.A. y otros.*, Dictamen presentado el 17 de noviembre de 2009 ante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

DEPARTMENT OF JUSTICE, (2008). *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act: A Report by the U.S. Department of Justice*, DOJ.

FEDERAL TRADE COMMISSION, (2006). *Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine*, An FTC Staff Report.

FIGARI, H. y J. PINEDA, (2009). *Más vale maña que fuerza: el abuso de las normas de libre competencia*, En: *Economía y Derecho*, UPC, vol. 6, N.º 24.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F. (1997). *Precios Predatorios y Derecho Antitrust. Estudio Comparado de los Ordenamientos Estadounidense, Comunitario y Español*, Madrid: Marcial Pons.

MYERS, G. (1992). *Litigation as a Predatory Practice*, *Kentucky Law Journal* N.º 80.

ORDOVER, J. A. y G. SALONER, (1989). *Predation, Monopolization and Antitrust*. En: SCHMALENSEE, R. & R. WILLIG (eds.), *Handbook of Industrial Organization*, Volume I, Chapter. 9, North Holland.

QUINTANA SÁNCHEZ, E. (2013). *Cuando los litigios se convierten en una herramienta anticompetitiva*. En: Diálogo con la Jurisprudencia, N.º 160.

RICKARDSSON, O. (2010). *Patent misuse and 'sham', Development of new principles under EU competition law*, Master thesis, Lund University: Faculty of Law.

RIVERA SERRANO, A. (2012). *Cómo pasar un camello por el ojo de una aguja: Sobre cómo el Indecopi ha dejado prácticamente sin efecto la figura del abuso anticompetitivo de procesos*. En: Diálogo con la Jurisprudencia, N.º 160.

RODRÍGUEZ GARCÍA, G. (2010). *Más sabe el diablo por viejo que por diablo El tratamiento legal del abuso de procesos judiciales y procedimientos administrativos*. En: Actualidad Jurídica, N.º 197.

SOSA HUAPAYA, A. (2012). *Cómo reprimir la «piratería marcaria» mediante el uso complementario de las normas de propiedad industrial y las de competencia desleal*. En: Actualidad Jurídica N.º 220, Lima: Gaceta Jurídica.

STUCCHI, P. (2007). *La cláusula general como elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal enunciados y no enunciados*, Themis 54.

STUCCHI, P. (2007). *Introducción sobre las reglas fundamentales que aseguran el eficaz y adecuado funcionamiento del proceso competitivo. Fronteras y complementariedad entre la defensa de la libre competencia y la represión de la competencia desleal*. Disponible en: [http://www.pierinostucchi.net/articulos/derecho\\_competencia\\_proteccion\\_consumidor\\_propiedad\\_intelectual/fronteras\\_y\\_complementariedad\\_entre\\_la\\_dlc\\_y\\_la\\_rcd-Stucchi-2007.pdf](http://www.pierinostucchi.net/articulos/derecho_competencia_proteccion_consumidor_propiedad_intelectual/fronteras_y_complementariedad_entre_la_dlc_y_la_rcd-Stucchi-2007.pdf) (accedido el 22/05/2015)

WIPO-IPEA, (2012). *Study on the anti-competitive enforcement of intellectual property rights: Sham litigation*, Lucía Helena SALGADO y Graziela FERRERO (coord.), preparado por el Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada para el World Intellectual Property Organization.

ZÚÑIGA, M. (2009). *Luces y sombras de la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas peruana*, Boletín Latinoamericano de Competencia, N.º 25.

## Jurisprudencia Nacional

Resolución 057-96-INDECOPI/CLC del 8 de abril de 1996. Lebar S.A. contra Asesoría Comercial S.A. y la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicio del Perú, Expediente 003-95-CLC.

Resolución 003-98-CLC-INDECOPI del 26 de agosto de 1998, Inter American Trade Development Company - Intradevco S.A. contra de Reckitt & Colman del Perú S.A., Expediente 006-97-CLC.

Resolución 1353-2006/TDC-INDECOPI del 1 de setiembre de 2006. Pinturas Anypsa S.A. contra Tecnoquímica S.A., Expediente 110-2005/CCD.

Resolución 139-2006/CCD-INDECOPI del 6 de setiembre de 2006. CCD contra Coca Cola Servicios de Perú S.A., Expediente 065-2006/CCD.

Resolución 037-2005-INDECOPI/CLC del 4 de julio de 2005 y Resolución 0407-2007/TDC-INDECOPI del 22 de marzo de 2007. Asociación Peruana de Operadores Portuarios y otros contra Pilot Station S.A. y otros, Expediente 005-2002/CLC.

Resolución 2738-2010/SCI-INDECOPI del 11 de octubre de 2010. Tomás Oechsle Sigg contra Tiendas Peruanas S.A. y otro, Expediente 051-2009/CCD.

Resolución 026-2010/CLC-INDECOPI del 3 de mayo de 2010 y Resolución 1351-2011/SCI-INDECOPI del 27 de julio de 2011. Asociación Peruana de Operadores de Ferrocarriles del Perú –APOFER contra Ferrocarril Transandino S.A. y otros, Expediente 009-2008/CLC.

Resolución 1605-2011/SCI-INDECOPI del 5 de octubre de 2011. Lab Nutrition Corp S.A.C. contra José Villacorta Olano y otros, Expediente 138-2008/CCD.

Resolución 1444-2012/SCI-INDECOPI del 26 de junio de 2012. Farminindustria S.A. contra Productos Roche QFSA, Expediente 0175-2010/CCD.

Resolución 002-2013/ST-CLC-INDECOPI del 4 de marzo de 2013, investigación en el mercado de comercialización de vino, Expediente 005-2012/CLC-IP.

Resolución 0858-2013/SDC-INDECOPI del 24 de mayo de 2013. Industrias Willy Busch S.A. contra Filtros Lys S.A., Expediente 036-2011/CCD.

Resolución 029-2015/CLC-INDECOPI del 12 de agosto de 2015. Cementos Otorongo S.A.C. contra Gloria S.A. y Yura S.A., Expediente 005-2010/CLC.

Sentencia del Tribunal Constitucional del 5 de julio de 2004, recaída sobre el Exp. 2293-2003-AA/TC.

## **Extranjera**

Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia español del 21 de enero de 1999. BT Comunicaciones S.A. contra Telefónica de España S.A., Expediente 12/97.

Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc. et al., 365 U.S., 127 (1961)

United Mine Workers of America v. Pennington et al., U.S. 381, 657 (1965).

California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited, 404 U.S. 508 (1972).