

# “Usted abusó” El Abuso de Procesos Legales frente a los derechos de acción y petición

Enrique Cavero Saфра\*

## SUMILLA

La utilización abusiva y reiterada de procesos judiciales o procedimientos administrativos cuyo efecto sea restringir la competencia, es una práctica prohibida en el Perú bajo la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Decreto Legislativo N° 1034. Pero, ¿cómo se determina tal utilización abusiva? De acuerdo con el principio *Abusus non tollit usum*, el uso adecuado de algo no debe restringirse porque se produzcan abusos. ¿Cómo se evita caer en la arbitrariedad o en una limitación indebida de los derechos de acción y petición, que son derechos protegidos por la Constitución?

### 1. El Abuso de Procesos Judiciales o Administrativos en la Ley de Competencia

La legislación peruana vigente sobre libre competencia ha incluido por primera vez el tratamiento de la práctica anticompetitiva denominada “abuso de procesos legales”<sup>1</sup>. Así, el artículo 10.2 f) del Decreto Legislativo N° 1034 (en adelante “la Ley”) establece:

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como:

(...)

f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia;

(...)

Como puede verse, la práctica está considerada, a su vez, como una modalidad de **abuso de posición de dominio en el mercado**, por lo

que resulta necesario leer el citado artículo en concordancia con el artículo 7°, que define lo que es posición de dominio en el mercado y el artículo 10°, que determina cómo se configura el abuso de la misma:

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.

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de Maestría en Derecho de la Competencia y de la Propiedad Intelectual en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Posgrado en Derecho Mercantil en el International Development Law Institute de Roma, Italia. Conferencista invitado en diversos foros académicos como: International Trademarks Association (INTA), Asociación Interamericana de la Propiedad Intelectual (ASIPI), Global Advertising Lawyers Alliance (GALA); Interamerican Bar Association (IBA), The National Law Center for Interamerican Trade, Pontificia Universidad Católica del Perú, & Revista Themis, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, entre otros. Miembro de la Comisión Permanente de Ética del Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria - CONAR.

<sup>1</sup> Aunque la norma anterior, el Decreto Legislativo N° 701 no impedía la eventual sanción de esta práctica anticompetitiva, como de hecho quedo comprobado en un par de procesos ante Indecopi (que se comentan más adelante en este artículo) la norma actual, el Decreto Legislativo 1034 la incluye por primera vez de manera expresa.

- 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.

(...)

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.

(...)

10.4. Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas.

10.5. No constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición.

Cabe notar, con relación a las prácticas incluidas dentro del tipo de abuso de posición de dominio, dos aspectos importantes: En primer lugar, que la posición de dominio, en sí misma, no constituye infracción a la Ley (tal como se reitera en los artículos 7.2 y 10.5 citados), sino que la conducta ilícita requiere, además, que se produzca el abuso de tal posición. En segundo lugar, que se trata de prohibiciones relativas, en las cuales la infracción no se verifica con la simple conducta, sino con el efecto negativo, real o potencial, de la misma, que deberá ser evaluado según la denominada *regla de la razón*, en función de lo establecido por el artículo 9° de la Ley<sup>2</sup>:

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.

## 2. El Abuso de Procesos Legales como Abuso de Posición de Dominio

Un primer comentario que cabe hacer con relación a esta conducta prohibida es que, pese a su tipificación como un supuesto de abuso de posición de dominio, la misma que, de acuerdo con su naturaleza, tiene realmente la potencialidad de generar importantes efectos anticompetitivos, aunque no sea ejercida por un agente que ostente posición de dominio en el mercado.

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.

Así, por ejemplo, un fabricante que tiene posición de dominio podrá ejercer presión para que los distribuidores no distribuyan los productos de fabricantes competidores, o les impongan condiciones menos favorables a estos últimos, mientras que un fabricante que no tiene posición dominante no podrá ejercer tal tipo de presión. De modo similar, un proveedor que tiene posición de dominio podrá, realizar ventas "atadas" forzando a su comprador a adquirir algo que no quiere a cambio de venderle lo que realmente necesita. En cambio, quien no ostenta posición de dominio no podrá forzar realmente a los compradores, pues estos tendrán la posibilidad de acudir a otros proveedores.

En el caso del abuso de procesos legales, el agente infractor puede interponer acciones legales o administrativas contra su competidor real o potencial y tales acciones pueden tener efecto independientemente de la posición dominante, por lo que resulta debatible la tipificación del supuesto como uno de abuso de posición de dominio. Desde el punto de vista económico, por

<sup>2</sup> Adicionalmente a las prohibiciones relativas, el artículo 8° de la Ley establece las prohibiciones absolutas, respecto de las cuales se aplica la denominada *regla per se*, es decir, que para verificar la existencia de la infracción es suficiente que se pruebe la existencia de la conducta.

ejemplo, sería posible incluso que un competidor no dominante incurra en la práctica restrictiva en contra de un competidor dominante y que ello tenga eventualmente importantes efectos competitivos.

Típicamente, el abuso de procesos legales ha sido relacionado con empresas monopólicas o dominantes que están tratando de impedir la entrada de nuevos competidores, como explican Bullard y Falla:

“Es, por tanto, 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. 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.  
(...)

Sin embargo, entendemos que la existencia de posición de dominio, si bien no es un factor determinante para la configuración de la infracción, 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 mucha más seria y requiere una intervención mucho más enérgica de la autoridad, cuando quien la desarrolla cuenta con posición de dominio en el mercado”<sup>3</sup>.

El argumento es correcto y, de hecho, es cierto que la casuística compromete mayoritariamente a empresas dominantes que actúan en contra de potenciales nuevos competidores. Pero, ello no excluye la posibilidad de que la conducta pueda darse -y con efectos eventualmente importantes para la libre competencia- involucrando competidores que se encuentren ambos ya establecidos en el mercado, o por parte de alguien sin posición dominante en contra de un nuevo entrante o, como ya dijimos, incluso de un competidor no dominante contra uno dominante.

Desde el punto de vista práctico, el problema reside en que, de acuerdo con la estructura de la Ley, que considera únicamente los supuestos de abuso de posición de dominio por un lado, y prácticas colusorias (que por definición involucran a más de un agente) por el otro, resulta que situaciones como las descritas en el párrafo anterior, al no estar previstas por el artículo 10.2 f) no estarían sujetas a sanción, al menos bajo las normas de Libre Competencia, salvo que, dependiendo de las características del caso específico, se pudiera tipificar la conducta como práctica colusoria. De lo contrario, la parte afectada tendría que buscar protección al amparo de otras normas, como las que regulan la competencia desleal o el daño civil.

A partir de esto último, hay quienes sostienen, como Figari y Pineda, que el abuso de procesos legales no debería regularse mediante el derecho de la libre competencia, sino como un acto de Competencia Desleal, o por el Derecho Civil:

“Del desarrollo sustentado en los párrafos precedentes podemos decir que -a nuestro entender- la práctica incluida en el literal f del numeral 10.2 del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1034 no debió ser recogida dentro de este cuerpo normativo ni bajo el ámbito de la Comisión de Libre Competencia, por los siguientes motivos:

- El abuso de acciones legales no es un supuesto de abuso de posición de dominio, y así debe ser tratado por la legislación de competencia.
- El análisis de este tipo de prácticas puede realizarse en el ámbito del derecho de la competencia desleal o del derecho común. Inclusive podría generar en determinados casos la aplicación de sanciones penales.
- El tratamiento que actualmente se le da al abuso de acciones legales resulta discriminatorio al solamente contemplar el supuesto de sanción cuando la práctica tipificada la realiza un agente con posición de dominio, siendo inmunes ante las normas de competencia los actores igualmente exitosos en los resultados, pero carentes de esta posición”<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> BULLARD, Alfredo y FALLA, Alejandro. “El abogado del diablo. El abuso de procesos legales o gubernamentales como práctica anticompetitiva” En: *Ius et Veritas*. Año XV. N° 30. Lima, junio de 2005, pp. 40-51.

<sup>4</sup> FIGARI, Héctor y PINEDA, John., “Más vale maña que fuerza: el abuso de las normas de libre competencia”. En: *Revista de Economía y Derecho*, UPC, vol. 6, N° 24, 2009.

### 3. El conflicto con los derechos constitucionales de acción y petición

La Constitución de 1993 consagra en su artículo 139°, inciso 3, el derecho a la tutela jurisdiccional, conocido como “derecho de acción”:

Artículo 139°. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

3) La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional

El derecho a la tutela jurisdiccional incorpora conceptos como el de derecho de acceso a la justicia, el derecho de defensa y el derecho al debido proceso, entre otros. Su contenido ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional, el cual ha establecido que este derecho “garantiza que toda persona pueda promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se la obstruya, impida o disuada irrazonablemente”<sup>5</sup>.

Es importante notar que el derecho a la tutela jurisdiccional no solo es un derecho constitucionalmente protegido en virtud de su reivindicación histórica, sino que, además, conceptualmente, es un elemento fundamental del ordenamiento jurídico y del estado de derecho. Ello le otorga la calidad no solamente de derecho constitucional, sino también de derecho fundamental. Así, el rol que cumplen estos derechos dentro del orden jurídico es de la mayor importancia, como explica Priori:

“(…) si el Estado prohíbe a los particulares el recurso a la autotutela para que estos puedan proteger sus intereses, es evidente que el Estado debe garantizar que los particulares puedan acceder a la función jurisdiccional para que a través del inicio de un proceso se pueda lograr la tutela a la situación jurídica de ventaja que ha sido amenazada o lesionada”<sup>6</sup>.

De otro lado, el artículo 2°, inciso 20 de la Constitución consagra el derecho de petición en los siguientes términos:

“Toda persona tiene derecho:

(...)

20. 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. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional sólo pueden ejercer individualmente el derecho de petición”.

Este derecho ha sido desarrollado en la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444), en particular los artículos 106° a 112°, donde se establece que el mismo comprende las facultades de presentar solicitudes de interés particular o colectivo, de contradecir actos administrativos, de pedir informaciones, de formular consultas y de presentar solicitudes de gracia, entre otras.

Asimismo, la Ley N° 27444 establece que cualquier administrado con capacidad jurídica tiene derecho a presentarse personalmente o hacerse representar ante la autoridad administrativa, para solicitar por escrito la satisfacción de su interés legítimo, obtener la declaración, el reconocimiento u otorgamiento de un derecho.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido en algunas de sus resoluciones más claras:

“(…) Como reiteradamente ha señalado este Tribunal, el **contenido esencial** del derecho de petición - artículo 2°, inciso 20), de la Constitución- está conformado por dos aspectos, el primero de los cuales se relaciona con la **libertad reconocida a cualquier persona para formular pedidos escritos a la autoridad competente**; y, el segundo, vinculado inevitablemente al anterior, se refiere a la obligación de dicha autoridad de dar una respuesta al peticionante por escrito y en un plazo razonable”<sup>7</sup>. (énfasis añadido)

“(…) él garantiza el **deber de la administración de:** a) Facilitar los medios para que el ciudadano pueda ejercitar el derecho de petición sin trabas absurdas o innecesarias. b) **Abstenerse de cualquier forma o modo de sancionamiento al peticionante, por el solo hecho de haber ejercido dicho derecho.** c) Admitir y tramitar el petitorio. d) Resolver en el plazo señalado por la ley de la materia de la petición planteada, ofreciendo la correspondiente fundamentación de la

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente N° 2763-2002-PI/TC.

<sup>6</sup> PRIORI, Giovanni. “La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso”. En: *Ius et Veritas*, Lima, año XIII, número 26, 2003 p. 290.

<sup>7</sup> STC 02431-2007-AA, FJ4

determinación. e) Comunicar al peticionante la decisión adoptada”<sup>8</sup>. (énfasis añadido)

Hay que destacar, entonces, la enorme relevancia que tienen el derecho a la tutela jurisdiccional y el derecho de petición, en razón de su naturaleza de vehículos necesarios a través de los cuales se obtiene el reconocimiento y cumplimiento de todos los demás derechos.

Sin los derechos de acción y de petición, los individuos estarían desprotegidos frente a las eventuales violaciones de sus derechos por parte del Estado o de terceros. La plena vigencia de estos derechos determina, en buena cuenta, la plena vigencia de todos los derechos del sistema, y su falta de reconocimiento o cumplimiento convierte a todo el sistema jurídico en una declaración lírica, es decir, en letra muerta.

La interrogante que exploramos en el presente trabajo es cómo se soluciona el conflicto entre los derechos de acción y petición, de un lado, y el Derecho de la Libre Competencia que prohíbe el denominado “abuso de procesos legales” por el otro. ¿Dónde termina el legítimo ejercicio del derecho de acción o petición y dónde comienza la práctica anticompetitiva?

#### 4. La práctica prohibida entendida como modalidad de abuso del Derecho

Un primer elemento nos lo da la denominación misma de la práctica anticompetitiva, en el sentido de que se trata de una forma de *abuso del derecho*, siendo que el que el ordenamiento legal **no ampara** tal abuso, tal como indican con toda claridad el artículo 103° de la Constitución y el artículo II del Título Preliminar del Código Civil. Pero, mientras que la proscripción del abuso del derecho tiene orígenes antiguos y es claro que nadie la discute, su identificación y tipificación, en contraposición al ejercicio legítimo, ha sido siempre un tema complejo y delicado, como explica Borda:

“Ahora bien, cabe preguntarse: ¿cuál es el criterio que ha de permitir a los jueces resolver que un derecho ha sido ejercido abusivamente y cómo debe fijarse el límite entre lo que es lícito y lo que es abusivo?

a) De acuerdo con un primer criterio, habría abuso del derecho cuando se ha ejercido sin

interés alguno y con ánimo de perjudicar a un tercero. Este fue el punto de partida desde el cual la teoría se abrió paso, tímidamente, en la jurisprudencia Francesa. Así, ya en 1856, la Corte de Lyon resolvió que era ilegítimo el acto realizado por un propietario que para perjudicar al vecino, perforó un pozo para cortar una corriente subterránea y la echó con bombas a un arroyo cercano, impidiendo que pasara al terreno lindero.

Bien pronto se vio claro que este criterio era insuficiente. Los actos realizados sin interés alguno son muy excepcionales; aun en los más repudiables hay generalmente un interés que está impulsando al autor, pero no por ello el acto es más lícito. El usurero no practica la usura para perjudicar a la víctima, sino para beneficiarse él; y sin embargo, es indiscutible que enlate abuso del Derecho. La insuficiencia de este criterio quedó demostrada palmariamente en un caso resuelto por la Cámara de los Loes inglesa en 1395. Un vecino, por cuyo fondo atravesaba una corriente de agua que abastecía a la localidad de Bradford, desvió sus aguas para obligar a La municipalidad a que lo adquiriera a buen precio. Planteada la cuestión ante el aludido tribunal, éste resolvió que puesto que el corte de la corriente no había sido hecho sin interés alguno, sino con el de especular con la venta de su propiedad, no había abuso. La solución dada a este caso resulta repugnante al sentimiento jurídico moderno.

b) De acuerdo con un criterio más comprensivo y de técnica jurídica más depurada, **habría abuso del derecho cuando se lo ha ejercido en contra de los fines económicos v sociales que inspiraron la Ley en la cual se los otorgó**. Así, por ejemplo, el derecho de huelga ha sido reconocido a los trabajadores para darles un medio de lucha por su bienestar. Será, por lo tanto, legítima una huelga que se declare para obtener un aumento de salarios, un mejoramiento de las condiciones de trabajo, etc.; pero si se declara con fines políticos, para desorganizar la producción o la economía del país, el derecho habrá sido ejercido abusivamente.

c) Finalmente, de acuerdo a un tercer criterio, habría abuso del derecho cuando se lo ha

<sup>8</sup> STC 01364-2007-HD FJ2

ejercido en contra de la moral y de la buena fe. Sin negar la utilidad práctica del criterio finalista para orientar, en muchos casos, la decisión justa de la cuestión, creo que el punto de vista moral es el más decisivo y fecundo en la dilucidación de esta cuestión. Porque si la Teoría del abuso de derecho se ha abierto camino es por una razón de orden moral. Todos los argumentos de prestigiosos maestros del derecho en contra de su admisión se han estrellado con ese sentimiento de lo justo que anida en el corazón humano, que no podía admitir la justificación de lo arbitrario, inmoral, dañino, a nombre del Derecho. Si, pues, la moral ha sido el fundamento de esta institución es evidente que ella debe dar la norma rectora que permita distinguir el uso del abuso del derecho”<sup>9</sup>. (énfasis añadido)

En la misma línea, Carranza propone una lista de elementos constitutivos o presupuestos legales, advirtiendo que todos estos elementos son comunes a los hechos ilícitos, salvo uno de ellos, que es específico al abuso del derecho y que, por lo tanto, es el que realmente lo caracteriza y define:

“Por lo tanto, los elementos del ejercicio abusivo de los derechos, es decir sus presupuestos legales, son los genéricos de los hechos ilícitos, con más de una diferencia específica:

- 1) Uso de un derecho, objetivo o externamente legal;
- 2) Violación de la prohibición de **usar del derecho subjetivo contra los fines de su institución, los fines sociales o económicos**, la moral o las buenas costumbres;
- 3) Daño a un interés jurídicamente protegido;
- 4) Imputable al autor del ejercicio abusivo;
  - a) por dolo (acto intencional),
  - b) por culpa (ejercicio imprudente, negligente o descuidado),
  - c) que puede inferirse de la conducta objetiva del autor del abuso, como “*ánimus nocendi*” ínsito en el acto; y
- 5) Relación causal entre el ejercicio irregular y el “daño resultante”<sup>10</sup>. (énfasis añadido)

Puede apreciarse, entonces, que el elemento característico del abuso del derecho es la utilización que se hace del mismo en contra de los fines sociales y económicos que son inherentes a su naturaleza. Pero, ¿cómo puede establecerse cuándo los derechos de acción o petición están siendo usados en contra de su propia naturaleza? Hay quienes entienden que basta con atender a la intención o propósito que motiva al agente económico. Así, por ejemplo, se consideraría un abuso del derecho de acción el entablar una demanda legal con la finalidad de dañar a un competidor. Consideramos que ese criterio es simplista y errado, especialmente teniendo en cuenta el principio del *daño concurrencial lícito* que caracteriza a la libre competencia y a la economía de mercado.

En efecto, es evidente que el objetivo primario de cualquier competidor en el mercado no es otro que quitarles clientela, negocio y oportunidades a sus competidores para hacer crecer su propio negocio y utilidades lo más que sea posible. Ello no es sólo perfectamente lícito, sino connatural al régimen de competencia, como anota Kresalja, siguiendo a Baylos:

Como bien señala Baylos, el régimen de competencia está basado en la **licitud del daño concurrencial**, pues “[...] es perfectamente admisible y resulta inevitable que el competidor, en el desarrollo normal y legítimo de su actividad, cause un perjuicio a los concurrentes”<sup>11</sup> (énfasis añadido).

Si la ilicitud de un acto competitivo estuviera determinada por su intención de causar daño al competidor, llegaríamos al absurdo de que prácticamente todo acto competitivo sería ilícito: la publicidad, las promociones e incluso las mejoras de calidad. Lo cierto es que en el derecho de la competencia lo que importa no es la intención subjetiva del agente (que siempre será la de beneficiarse a sí mismo en desmedro de los competidores), sino la licitud o ilicitud del medio utilizado y, en ocasiones, adicionalmente, el efecto en el mercado.

El derecho de los competidores en el mercado de accionar legalmente contra cualquiera que afecte sus derechos legítimos, tratase o no de un competidor, es tan válido como el de cualquier otro ciudadano. El principio del *daño*

<sup>9</sup> BORDA, Guillermo E., “El abuso del derecho” en: Separata de *Ius et Praxis*, Universidad de Lima, 1990, N° 15, pp. 15-16.

<sup>10</sup> CARRANZA, Jorge A., “El abuso del derecho en la reforma del Código Civil”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, p. 30.

<sup>11</sup> KRESALJA, Baldo. “Perú: Consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica:” en: *Pensamiento Constitucional*, Fondo Editorrial PUC, Año XII, N° 12, p 40

*concurrential licito* no se aplica solamente a las acciones de hecho como las mencionadas en el párrafo anterior, sino también a las de derecho, como serían demandar contra una publicidad engañosa o un uso indebido de propiedad intelectual, impugnar una licencia irregular o denunciar un producto defectuoso.

Resulta, entonces, que la verificación de un supuesto de abuso de procesos legales no es tan simple como podría parecer. Sin embargo, puede advertirse desde ya que definiciones o soluciones del tipo “la utilización deliberada de procedimientos legales con el *único propósito* de impedir o retrasar el acceso al mercado de otros competidores” son defectuosas y causan confusión, pues se enfocan en la intención del agente, antes que en el análisis del verdadero problema jurídico de fondo, que consiste en determinar si es que los medios utilizados son lícitos, es decir, si es que los procesos legales han sido interpuestos en el ejercicio legítimo de los derechos de acción y/o petición, o no.

Si de dicho análisis resulta que los procesos judiciales han sido interpuestos en el ejercicio legítimo de los derechos de acción y/o petición, por definición no puede sostenerse que, al mismo tiempo, constituyan una práctica anticompetitiva, independientemente de su intencionalidad. Debe tratarse de situaciones en las que se ha producido un *abuso del derecho*, no un ejercicio legítimo. Y, si bien la determinación del abuso depende de su finalidad ilícita (la utilización en contra de los fines sociales o económicos que le son inherentes a su institución) dicha finalidad ilícita no puede identificarse con finalidades que son, por el contrario, no solamente lícitas, sino además connaturales tanto al régimen de competencia como al Estado de Derecho, como son buscar la tutela jurisdiccional y/o causar daño concurrential a los competidores.

El tema pasa, entonces, por determinar una forma eficiente y segura de identificar aquellas situaciones en las que se presenta un abuso del derecho de acción y/o de petición sin incurrir en una arbitrariedad o vaciar de contenido a los mismos. Al respecto, conviene observar cómo ha actuado la más connotada jurisprudencia comparada.

## 5. La Doctrina Noerr-Pennington

En los Estados Unidos, la Corte Suprema ha desarrollado lo que se conoce como la “doctrina *Noerr-Pennington*”, por la cual se ha establecido que la facultad de hacer peticiones al gobierno y a las autoridades son derechos fundamentales y que, en consecuencia, su ejercicio no puede ser impedido, siendo por tanto “inmune” a posibles acusaciones de conducta anticompetitiva bajo el derecho antimonopolio o *antitrust*. Esta inmunidad no es absoluta, sino que puede ser levantada excepcionalmente mediante lo que se conoce como *sham exception*, derivada justamente del uso fraudulento o abusivo del derecho, como veremos más adelante<sup>12</sup>.

El desarrollo comienza en la década de 1960, con dos decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos.: *Eastern Railroad Presidents Conference vs. Noerr Motor Freight, Inc.* en 1961<sup>13</sup> y *United Mine Workers of America v. Pennington* en 1965<sup>14</sup>.

En el primer caso (Noerr), un sindicato de operadores de camiones acusó a las empresas integrantes de una asociación de ferrocarriles de violar la Ley de competencia conocida como “Ley Sherman” por haber incurrido en una serie de acciones de propaganda, publicidad y cabildeo, destinadas a desacreditar a la industria de transporte en camiones y promover leyes adversas a esta última.

La Corte Suprema, revirtiendo un fallo condenatorio de la corte estatal, estableció que los esfuerzos genuinos para influir en la legislación no constituían prácticas punibles bajo las normas de competencia, independientemente de sus motivaciones anticompetitivas, incluso si el único propósito de las mismas fuese el de destruir a sus competidores. En su interpretación de lo que constituye la esencia del derecho de petición, la Corte indicó que “el derecho de los ciudadanos de informar a sus representantes en el gobierno de sus deseos acerca de la aprobación o cumplimiento de leyes no puede adecuadamente supeditarse a la intención que los motiva. **No es inusual ni ilegal que los ciudadanos tomen acción legal con la expectativa de obtener una ventaja para sí mismos y una desventaja para sus competidores**”.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> La palabra “sham” en Inglés significa fraude, simulación, farsa.

<sup>13</sup> *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, 365 U.S. 127 (1961)

<sup>14</sup> *United Mine Workers of America v. Pennington*, 381 U.S. 657 (1965)

<sup>15</sup> Traducción libre de: “The right of the people to inform their representatives in government of their desires with respect to the passage or enforcement of laws cannot properly be made to depend on their intent in doing so”. It is neither unusual nor illegal for people to seek action on laws in the hope that they may bring about an advantage to themselves and a disadvantage to their competitors.”

En el segundo caso (Pennington) un sindicato de mineros de carbón denunció a un grupo de grandes mineras por “conspirar” o coludirse con el objetivo de persuadir al gobierno para establecer un salario mínimo para los obreros de las mineras que vendían carbón al gobierno, exigencia que, argumentaban, forzaría a las pequeñas mineras fuera del mercado.

La Corte reafirmó entonces que “Los esfuerzos conjuntos para influenciar funcionarios públicos no infringen las leyes de libre competencia **incluso si su intención es eliminar la competencia**. Dicha conducta no es ilegal, bien sea individualmente considerada o bien como parte de una estrategia más amplia, violatoria en sí misma de la Ley Sherman”<sup>16</sup>.

Así, la doctrina Noerr-Pennington surgió en realidad como una afirmación del derecho de petición y sirvió para que la Corte Suprema de los Estados Unidos establezca que su ejercicio no puede ser negado por el hecho de que la intención del agente sea la de causar daño a sus competidores.

Posteriormente, en 1972, la misma corte, en el caso California Motor Transport Co. vs. Trucking Unlimited<sup>17</sup>, extendió el mismo principio al derecho de acción, señalando que las actividades litigiosas también eran legalmente inmunes a ataques basados en la Ley de competencia.

No obstante ello, la Corte estableció entonces que dicha inmunidad no es absoluta y que no aplica tratándose de situaciones en las que exista un patrón repetitivo de demandas objetivamente carentes de fundamento, diseñadas para obstaculizar o impedir la entrada de competidores en el mercado. Esta excepción al Principio de Inmunidad, conocida como “sham exception”, viene a ser, precisamente, una excepción al ejercicio regular del derecho, basada en el uso fraudulento o abuso del mismo.

Siendo que, como se ha visto, la determinación del abuso o fraude es un asunto controversial y complicado, la aplicación del precedente por parte

de las cortes norteamericanas fue durante algún tiempo confusa y contradictoria, lo cual llevó a que, en 1993, en el caso Professional Real Estate Investors, Inc. vs. Columbia Pictures Industries, Inc.<sup>18</sup> (PRE) la Corte Suprema establezca la necesidad de aplicar una prueba o test de dos pasos para determinar la configuración de abuso o fraude: (1) en primer lugar, que la demanda, objetivamente considerada, sea carente de fundamento, de modo que no resulte razonable para el actor tener expectativas de éxito y (2) en segundo lugar, que la demanda encubra una estrategia para interferir directamente con las actividades de un competidor. La aplicación de esta prueba determina que, únicamente después de que se haya establecido que la demanda legal es objetivamente carente de fundamento, se puede entrar en el análisis de la intención subjetiva del demandante:

**“Primero, la demanda debe carecer objetivamente de fundamento** en el sentido que ningún litigante razonable podría esperar, de manera realista, obtener un triunfo en los méritos. Si un litigante objetivo puede concluir que la demanda ha sido razonablemente calculada para obtener un resultado favorable, la demanda está inmune bajo Noerr, y una demanda *antitrust* sustentada en la *sham exception* debe fracasar. **Solo si la litigación cuestionada, objetivamente, carece de méritos, una corte puede examinar la motivación subjetiva del litigante.** Bajo esta segunda parte de nuestra definición de *sham*, la corte debería enfocarse en si la demanda sin fundamento oculta ‘un intento de interferir directamente con las relaciones de negocios de un competidor’, (...) a través del uso del proceso gubernamental -en oposición al resultado de ese proceso- como una arma anticompetitiva”<sup>19</sup>. (énfasis añadido)

De esta manera, la Corte Suprema de los Estados Unidos entiende que, para determinar una situación de abuso del derecho es necesario primero aislar y proteger el derecho al ejercicio legítimo, puesto que el mismo no puede ser conculcado.

<sup>16</sup> Traducción libre de: “Joint efforts to influence public officials do not violate the antitrust laws even though intended to eliminate competition. Such conduct is not illegal, either standing alone or as part of a broader scheme itself violative of the Sherman Act.”

<sup>17</sup> California Motor Transport Co. vs. Trucking Unlimited, 404 U.S. 508 (1972)

<sup>18</sup> Professional Real Estate Investors, Inc. vs. Columbia Pictures Industries, Inc., 508 U.S. 49 (1993)

<sup>19</sup> Traducción libre de: “First, the lawsuit must be objectively baseless in the sense that no reasonable litigant could realistically expect success on the merits. If an objective litigant could conclude that the suit is reasonably calculated to elicit a favorable outcome, the suit is immunized under Noerr, and an antitrust claim premised on the sham exception must fail. Only if the challenged litigation is objectively meritless may a court examine the litigant’s subjective motivation. Under this second part of our definition of sham, the court should focus on whether the baseless lawsuit conceals ‘an attempt to interfere directly with the business relationships of a competitor’, (...) through the use [of] the governmental process-as opposed to the outcome of that process-as an anticompetitive weapon”. En: Resolución 026-2010/CLC-INDECOPI

En esa misma línea, la doctrina constitucional es unánime al señalar que, si bien todos los derechos están o pueden estar eventualmente sujetos a determinados límites en virtud del posible conflicto con otros derechos, existe en los derechos fundamentales lo que se conoce como los “límites internos” o “contenido esencial” que no puede ser limitado, porque con ello se vaciaría de contenido el derecho mismo, dejándolo sin razón de ser, como explica Landa:

“(…) la construcción jurisprudencial a los límites de los derechos fundamentales se ha producido a partir de concebir sus límites internos y externos. **Los límites internos están referidos a aquel ámbito mínimo vital para la existencia de un derecho, sin el cual quedaría anulado o no se le reconocería como tal. Este contenido esencial si bien es irreductible** en el desarrollo legislativo que realiza el Congreso a través de la ley, no es así, en cambio, el contenido no esencial de dicho derecho fundamental; más aún, también se ha llegado a identificar un derecho adicional del derecho fundamental, el mismo que al igual que el contenido adicional son de configuración legal”<sup>20</sup>. (énfasis añadido)

Así, a través de la doctrina Noerr-Pennington y la prueba de dos pasos para la “sham exception” establecida en el caso PRE, la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema norteamericana no hace sino definir el contenido esencial de los derechos de acción y petición, disponiendo que no puede privarse a los individuos de su ejercicio en la medida que las demandas o solicitudes tengan un fundamento razonable o “causa probable”, independientemente de cualquier intencionalidad concurrente o ulterior. Ello resulta lógico pues, si la demanda tiene un fundamento razonable, su finalidad natural y su potencial efecto será, en primer término, el de hacer valer un derecho subjetivo del accionante que, de otro modo, quedaría desprotegido.

## 6. La jurisprudencia Europea

Para enfrentar el mismo problema, la Comisión Europea, en la decisión del Caso “Promedia vs. Belgacom (Promedia)” también propone la aplicación de un test de dos pasos y establece que “en principio, el iniciar una acción (legal) que es **la expresión del derecho fundamental de acceso a la justicia**”, no puede ser caracterizada como un abuso a no ser que una empresa con posición de dominio inicie un procedimiento legal (1) “**que no pueda considerarse razonablemente como un esfuerzo por hacer valer sus derechos** y que, por lo tanto, sólo pueda servir para hostigar a la parte contraria” y (2) “que esté concebida en el marco de un plan que tenga como fin suprimir la competencia”<sup>21</sup>. (énfasis añadido)

Posteriormente, el Tribunal de Primera Instancia confirma la decisión de la Comisión<sup>22</sup> y, aclarándola, indica:

“De acuerdo con la Comisión, bajo el primero de los dos criterios la acción debe ser, **desde un punto de vista objetivo, manifiestamente infundada**. El segundo criterio requiere que el objetivo de la acción haya sido eliminar la competencia. Ambos criterios deben de ser satisfechos para establecer un abuso. El hecho de que se inicien litigios sin mérito no constituye en sí mismo una infracción (...) a menos que ello tenga un propósito anti-competitivo. Asimismo, un litigio que pueda razonablemente ser considerado como un intento de hacer valer derechos frente a competidores no es abusivo, independientemente del hecho de que pueda ser parte de un plan para eliminar la competencia”<sup>23</sup>. (énfasis añadido)

De esta manera, aunque la Comisión Europea no menciona expresamente la necesidad de evaluar el fundamento objetivo de las acciones legales en cuestión, el Tribunal se cuida muy bien de aclarar que ese, precisamente, es el propósito del primer

<sup>20</sup> LANDA, César. “Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Palestra, Lima, 2010, p. 24

<sup>21</sup> Decisión de Mayo 1996, Asunto No IV/35.268, ITT Promedia v. Belgacom, punto 11. Traducción libre de : ‘in principle the bringing of an action, which is the expression of the fundamental right of access to a judge, cannot be characterised as an abuse’ unless ‘an undertaking in a dominant position brings an action (i) which cannot reasonably be considered as an attempt to establish its rights and can therefore only serve to harass the opposite party, and (ii) which is conceived in the framework of a plan whose goal is to eliminate competition’.

<sup>22</sup> Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta ampliada); Sentencia del de 17 de julio de 1998. - ITT Promedia NV contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asunto T-111/96.

<sup>23</sup> Traducción libre de: “According to the Commission, under the first of the two criteria the action must, on an objective view, be manifestly unfounded. The second criterion requires that the aim of the action must be to eliminate competition. Both criteria must be fulfilled in order to establish an abuse. The fact that unmeritorious litigation is instituted does not in itself constitute an infringement of Article 86 of the Treaty unless it has an anti-competitive object. Equally, litigation which may reasonably be regarded as an attempt to assert rights vis-à-vis competitors is not abusive, irrespective of the fact that it may be part of a plan to eliminate competition.”

paso del test. Y, en efecto, el análisis objetivo de los méritos es una necesidad ineludible. ¿Cómo podría establecerse, más allá de una duda razonable, que una acción legal está o no dirigida a hacer valer los derechos legítimos del demandante si no es analizando la legitimidad de los derechos invocados?

Ciertamente, no resulta posible entender que la evaluación y descarte del uso legítimo pueda hacerse en función de la finalidad anticompetitiva, pues esta evaluación es, precisamente, el objeto de la segunda y posterior parte del test. De otro modo, estaríamos aplicando un test de un solo paso en lugar de dos.

Nótese que de lo que se trata el primer paso del test es de descartar el uso legítimo del derecho de acción y que, como se ha visto, la intención anticompetitiva no se contrapone a dicho uso legítimo. Entonces, es preciso descartar el uso legítimo sin recurrir al argumento de la intención anticompetitiva. Por ello es que, en ambos casos, el test tiene dos pasos en lugar de uno. Como bien aclara el Tribunal, en línea con la Corte Suprema de los Estados Unidos, no es suficiente con que pueda existir una finalidad anticompetitiva (el segundo requisito del test), sino que, antes y fundamentalmente, se requiere que la finalidad legítima pueda ser descartada más allá de toda duda razonable (primer requisito del test).

Así, puede verse que la solución al problema constitucional es básicamente la misma en Norteamérica y en Europa. Para la Corte Suprema norteamericana, cuando hay mérito objetivo para las acciones legales, no hay infracción *antitrust*, aunque haya intención anticompetitiva. Para la Comisión Europea, si no se cumple el primer requisito de descartar más allá de cualquier duda razonable la finalidad legítima (léase: “causa probable o mérito objetivo”) no hay infracción competitiva, aun cuando se cumpla el segundo requisito de estrategia con finalidad anticompetitiva.

## 7. La jurisprudencia administrativa en el Perú

### El caso Lebar

Mediante Resolución N° 057-96-INDECOPI/CLC; expedida en el caso Lebar S.A. contra Asesoría Comercial S.A. y la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicio del Perú (8 de abril de 1995) la Comisión de Libre Competencia de Indecopi estableció:

“Que, sin embargo, a lo largo del procedimiento no se han ofrecido o actuado pruebas que permitan demostrar **indubitablemente** la intención de ACOSA o de AGESP de utilizar los procedimientos gubernamentales con el **único propósito** de suprimir la competencia, impidiendo el acceso al mercado de LEBAR; tampoco se han ofrecido o actuado pruebas que permitan demostrar que uno u otro hallan (sic) recurrido a medios ilegales para influenciar la acción de las autoridades gubernamentales encargadas de resolver los procedimientos;”

El pronunciamiento de la Comisión utiliza una definición que hemos criticado en el punto cuarto del presente trabajo, porque se presta a confusión. En efecto, cuando se dice que la conducta prohibida consistiría en utilizar los procedimientos legales con el “único propósito” de suprimir la competencia, pareciera que lo importante es la intención y no el medio utilizado. Así, no queda claro qué es lo que ocurre cuando el agente tiene fundamentos razonables o “causa probable”.

En realidad, si el actor tiene causa probable y, por lo tanto, su demanda o petición tiene el propósito inherente de hacer valer derechos legítimos, entonces no puede decirse que el propósito ulterior o concurrente (por ejemplo suprimir la competencia) sea el “único propósito”. Con lo cual la definición pese a su deficiencia, eventualmente, es posible de ser bien entendida y aplicada.

Este último parece ser el caso en la Resolución bajo comentario, pues la CLC, aunque utiliza una tipificación que pareciera enfocarse en la intencionalidad subjetiva, no deja de atender a los méritos objetivos de los procesos cuestionados:

“Que, por el contrario, el informe emitido a solicitud de la AGESP por la Dirección General de Desarrollo Urbano del Ministerio de Transporte y Comunicaciones evidencia la existencia de **motivos que razonablemente justificarían** el cuestionamiento realizado por AGESP a la instalación de la estación de servicios de LEBAR;

Que, en tal sentido la utilización indebida de procedimientos gubernamentales como práctica restrictiva de la libre competencia, no ha quedado suficientemente acreditada a lo largo del procedimiento;” (énfasis añadido)

### El caso Pilot

Mediante Resolución N° 0407-2007/TDC-INDECOPI, expedida en el caso Asociación

Peruana de Operadores Portuarios y otros contra Pilot Station S.A. y otros (22 de marzo de 2007) el Tribunal de INDECOPI resolvió:

“Del expediente se observa que **las autoridades a cargo de pronunciarse sobre los procesos entablados por Pilot desestimaron las denuncias y demandas** formuladas declarándolas improcedentes en algunos casos por falta de competencia, o infundadas al no haberse configurado la infracción denunciada.

**De ello, se desprende que la finalidad** de Pilot al iniciar acciones contra los prácticos renunciantes era impedir que éstos continuaran prestando servicios de practicaje en el TPC a través de las empresas competidoras.

**Dicha situación en la práctica, implicó una restricción a la competencia** atendiendo a que las operaciones de las empresas administradoras de prácticos dependen de su disponibilidad de profesionales para efectuar las maniobras dentro del puerto y teniendo en consideración además que los prácticos marítimos renunciantes se constituyeron como la única oferta disponible para cubrir los requerimientos de las administradoras competidoras en el período de investigación.”

Puede observarse cómo el Tribunal en este caso sigue la secuencia correcta. Así, en primer lugar, examina la existencia de fundamento objetivo en los procesos entablados por la denunciada, encontrando que las mismas habían sido declaradas infundadas e improcedentes en todos los casos y llegando, a partir de ello, a la conclusión de que las demandas carecían de fundamento.

Cabe comentar, al respecto, que la exigencia del test generalmente aceptado es que el proceso tenga fundamento razonable o “causa probable” al momento de entablarse (no necesariamente que al final tenga éxito) y que, en la práctica, la autoridad de libre competencia normalmente debe pronunciarse antes de que la autoridad competente en el proceso cuestionado haya resuelto. En tales casos, la autoridad de competencia deberá pronunciarse haciendo su propia evaluación de los méritos del proceso cuestionado. Ahora bien, si al momento en que la autoridad de competencia debe pronunciarse, la autoridad competente ha resuelto favorablemente al demandante o peticionante,

creemos que dicha decisión es determinante en el sentido de que la demanda o petición tenía causa probable al momento de iniciarse. De otro lado, el hecho de que un proceso eventualmente sea declarado infundado por la autoridad competente no significa necesariamente que al momento de interponerse no haya tenido causa probable, por lo que la autoridad de competencia deberá formar su propia opinión al respecto.

En el caso bajo comentario, solo una vez que se ha descartado el uso legítimo o causa probable, el Tribunal llega a la conclusión de que los procesos cuestionados tenían una intención anticompetitiva. Ello, en línea con el razonamiento similar introducido por la Comisión Europea en el caso Promedia, es decir, que al no poderse considerar razonablemente que tales procesos (visto que carecen de mérito objetivo) sean un esfuerzo por hacer valer los derechos legítimos del accionante, puede entonces concluirse que únicamente pueden servir para hostigar a la parte contraria.

Luego, en tercer lugar, en línea con la naturaleza de prohibición relativa que tiene esta conducta, el Tribunal analiza el efecto que la misma ha tenido en el mercado, más allá de la intencionalidad, encontrando que la misma implicó, efectivamente, una restricción de la competencia.

### El caso Apofer

Mediante Resolución N° 026-2010/CLC-INDECOPI, expedida en el caso Asociación de Operadores de Ferrocarriles del Perú (Apofer) contra Ferrocarril Transandino S.A. (Fetrans) y otros (3 de mayo de 2010)<sup>24</sup> la Comisión de Libre Competencia de Indecopi ha sostenido:

“(…) esta Comisión considera que **la ausencia de un fundamento objetivo no es la única manifestación de un ejercicio abusivo de los derechos de acción y petición**. Por ello, esta Comisión discrepa parcialmente con el razonamiento expuesto en la sentencia PRE de la Corte Suprema norteamericana, dado que **limita injustificadamente el espectro de supuestos de uso ilegítimo o abusivo** de los derechos de acción y petición con un potencial propósito anticompetitivo”<sup>25</sup>. (énfasis añadido)

Al respecto, sorprende sobremedida la razón que esgrime la Comisión para sustentar su discrepancia, nada menos que con el criterio de la Corte Suprema

<sup>24</sup> Esta resolución ha sido apelada y el Tribunal (al 30 de julio de 2011) aún no ha emitido su fallo.

<sup>25</sup> Párrafo 102 de la Resolución.

de los Estados Unidos en un tema de derechos fundamentales. Así, la Comisión no aprecia que, en esta contraposición de derechos, lo que debe limitarse lo menos posible es, precisamente, el ejercicio de derechos constitucionales fundamentales como los de acción y petición y salvaguardar, cuando menos, el contenido esencial de los mismos (que es justamente la razón por la cual la Corte Suprema norteamericana adopta su criterio y establece el test PRE de dos pasos, y la razón por la que la Comisión Europea hace lo propio) sino que, por el contrario, propugna la limitación de los derechos fundamentales a favor de ampliar el espectro de supuestos sancionables. Esta interpretación extensiva de una norma que establece prohibiciones y restringe derechos paralelamente con una interpretación restrictiva de derechos fundamentales, es contraria a la doctrina y jurisprudencia más autorizada, constitucional y de competencia, peruana y extranjera.

En otro pasaje importante de la misma resolución, la Comisión dice:

“(...) en lugar de hacer un análisis individual y separado del resultado o mérito de cada acción legal, lo que corresponde es hacer una evaluación conjunta de todas las acciones legales, para esclarecer si ellas responden a una estrategia consistente en instrumentalizar los procesos legales con el propósito de afectar la competencia. En tal sentido, **en lugar de preguntarse por la existencia o no de una causa probable** en cada acción legal, habrá que preguntarse si razonablemente puede considerarse que las acciones legales entabladas **respondían al interés de tutelar los derechos de los accionantes o había un fin ulterior o colateral de afectar la competencia**”<sup>26</sup>. (énfasis añadido)

Como ya se ha visto, consideramos indispensable, al efecto de descartar el uso legítimo del derecho de acción y petición, evaluar el mérito de los procesos legales involucrados. Pero aun asumiendo que existiese otra forma de hacer el descarte, sabemos que ésta, sea cual fuere, no puede estar sustentada únicamente en la intencionalidad ulterior del demandante o peticionante. Hemos visto cómo la causa probable confiere al derecho de acción o petición carácter de instrumento mediante el cual se reivindica un derecho legítimo de fondo, que

no puede ser ignorado ni desconocido, aunque al buscar hacer valer tal derecho el actor tenga, además, el propósito de suprimir la competencia. Sin embargo, en la resolución bajo comentario la Comisión fundamenta su entendimiento de que las acciones legales entabladas no respondían al interés de tutelar los derechos de los accionantes, porque habría un fin ulterior o colateral de afectar la competencia. Así, la Comisión ha ido en contra de la línea establecida en Estados Unidos y en Europa, aplicando una prueba de un solo paso, donde lo único que importa es la intención subjetiva del demandante, mientras que el mérito objetivo de los procesos resulta irrelevante. El problema de ello es que no permite descartar y proteger adecuadamente el uso legítimo y el contenido esencial de los derechos de acción y petición, como ya se ha visto<sup>27</sup>.

Posteriormente y con buen criterio, la Sala de Defensa de la Competencia mediante Resolución N° 1351-2011/SC1-INDECOPI, revocó la resolución de la Comisión y, reformándola, declaró infundada la denuncia, motivando su decisión en que **“ante la imputación de una práctica de litigación predatoria se debe evaluar, necesariamente, si las peticiones o pretensiones deducidas en los procesos legales carecen de un fundamento objetivo que las sustente, pues en caso de tener una expectativa de obtener un pronunciamiento favorable, constituyen una manifestación del ejercicio regular de los derechos constitucionales de acción y petición.”**

De esta manera, la Sala ha establecido un precedente en el sentido correcto y, a través de su fundamentación, ha contribuido al entendimiento y desarrollo de la figura del abuso de procesos legales en el Perú, que antes había sido materia de únicamente un par de casos y bajo una norma distinta, que no contemplaba la figura de manera expresa.

## 8. Conclusiones

La jurisprudencia comparada más autorizada, así como la doctrina, de manera bastante generalizada, reconocen, en la determinación del abuso de procesos legales como práctica predatoria, un conflicto subyacente con los

<sup>26</sup> Párrafo 126 de la Resolución.

<sup>27</sup> La versión original de éste artículo no contenía los dos (2) párrafos siguientes, pues fue entregada para su publicación cuando la decisión de la Sala estaba aún pendiente. La emisión de la Resolución N° 1351-2011/SC1-INDECOPI, sin embargo, por su especial relevancia sobre el tema, justificó que se agregue un comentario al respecto.

derechos de acción (o derecho a la tutela jurisdiccional) y de petición, que son derechos constitucionales fundamentales.

En consecuencia con lo anterior se reconoce el carácter excepcional de la conducta prohibida, en el sentido de que debe establecerse, primero y de manera objetiva, que los procesos legales carecen de fundamento razonable para, solo posteriormente, establecer la existencia adicional de una intención anticompetitiva y un efecto en el mercado.

Esta necesidad de realizar el análisis de la práctica prohibida a través de un test acumulativo de dos pasos se deriva de la naturaleza de los derechos de acción y petición, en cuanto son derechos fundamentales que sirven de instrumento para el ejercicio efectivo de todos los demás derechos del ordenamiento. Así, el contenido esencial de estos derechos garantiza la posibilidad irrestricta,

de iniciar procesos siempre que se cuente con base legal razonable o “causa probable”, independientemente de cualquier intención colateral o ulterior, incluso si ésta es la de suprimir la competencia, pues de otro modo se dejaría desprotegida la posibilidad de reclamos legítimos.

El abuso de procesos legales consiste conceptualmente en la utilización reiterada de procesos legales carentes de fundamento razonable, con la finalidad y el potencial efecto de perjudicar la competencia a través de los procesos en sí mismos y no del resultado, dada la ausencia de una expectativa razonable de éxito.

Así, la configuración de la práctica prohibida de acuerdo con la Ley en el Perú requiere de los siguientes cuatro elementos: falta de fundamento razonable o “causa probable”, intención anticompetitiva, efecto restrictivo de la competencia, actual o potencial y reiteración.