



DEL *SHAM LITIGATION* EN EE.UU. AL ACOSO JUDICIAL EN COLOMBIA: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL ABUSO DEL LITIGIO

Mauricio Jaramillo Campuzano y Valentina Manrique Gómez

Del *Sham Litigation* en EE.UU. al acoso judicial en Colombia: análisis jurisprudencial del abuso del litigio

Mayo 2023



Mauricio Jaramillo Campuzano

Derecho, P. Universidad Javeriana. Máster en Administración Pública, Deutsche Hochschule fuer Verwaltungswissenschaften Speyer, y especialización en Derecho Comercial, Universidad de los Andes. Profesor de las cátedras de propiedad intelectual y competencia en la P. Universidad Javeriana. Tiene una larga experiencia profesional en las mismas áreas, asesorando empresas nacionales e internacionales. Socio de Gómez-Pinzón.



Valentina Manrique Gómez

Derecho, Universidad de los Andes, 2015. LL.M. en Competencia, Innovación e Información, New York University, 2020. Especialización en Derecho de la Competencia, P. Universidad Javeriana, y en Derecho Comercial, Universidad de los Andes. Abogada asociada de Gómez-Pinzón.

Abstract: Los ordenamientos jurídicos contemporáneos reconocen y garantizan el derecho de los particulares a acudir al sistema de administración de justicia para resolver las controversias que surjan entre ellos. Sin embargo, el abuso del derecho, entendido como una práctica contraria a la competencia, es una figura que apenas empieza a desarrollarse en los ordenamientos jurídicos. El presente documento analiza precedentes interesantes de algunos países de la región, e identifica diferencias y similitudes entre las decisiones de las autoridades de cada jurisdicción.

I. INTRODUCCIÓN

Los ordenamientos jurídicos contemporáneos reconocen y garantizan el derecho de los particulares a acudir al sistema de administración de justicia para resolver las controversias que surjan entre ellos.

Aunque generalmente quienes acuden ante los jueces lo hacen motivados por el interés de obtener justicia y solución a un caso concreto, existen eventos en los cuales dicha aproximación a las autoridades puede realizarse con fines diferentes a aquellos que respaldan el derecho de acción. En ciertas ocasiones, las demandas y reclamaciones judiciales y/o administrativas pueden ser utilizadas como mecanismos infundados tendientes -por ejemplo- a frenar el posicionamiento de un competidor en el mercado, evitar o dilatar su ingreso al mismo, o torpedear su participación directa.

Ese fenómeno ha sido analizado por varias jurisdicciones alrededor del mundo bajo distintas figuras jurídicas que, como punto común, se caracterizan por concebirlo como una manifestación concreta del abuso del derecho. En ese contexto, el presente artículo, analiza dicho fenómeno a partir de la experiencia de cinco jurisdicciones distintas, en las que "*Sham Litigation*", el "*Litigio Predatorio*", el "*Abuso Procesal*", la "*Litigación Abusiva*" y el "*Acoso Judicial*" han sido interpretadas como límites al derecho de acción de los particulares. Lo anterior, en aras de evitar que los mecanismos y recursos judiciales sean utilizados de manera infundada y, en ocasiones, con propósitos anticompetitivos.

II. LAS MANIFESTACIONES DEL ABUSO DEL DERECHO A LITIGAR EN DIFERENTES JURISDICCIONES

a. El “sham litigation” en el derecho estadounidense

En Estados Unidos, la figura del “sham litigation” (o litigio simulado, en español), se enmarca en el derecho de la competencia como una práctica anticompetitiva¹, siendo un concepto que comenzó a desarrollarse jurisprudencialmente desde la década de los sesenta, con el caso [Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.](#) en 1961.

Históricamente, se ha entendido el *sham litigation* como un litigio anticompetitivo, fraudulento y carente de fundamento legítimo, mediante el cual se da un uso indebido a los tribunales con el fin de afectar a los competidores y así lograr efectos anticompetitivos². Asimismo, y en concordancia con lo anterior, el *sham litigation* debe entenderse como un abuso del litigio que tiene como propósito mantener o extender la participación de mercado del accionante e impedir el crecimiento de competidores³.

Desde la perspectiva constitucional estadounidense, el *sham litigation* surge como una excepción a la Doctrina *Noerr Pennington*, que encuentra su sustento jurídico en la primera enmienda de la Constitución Política de dicho país⁴ (que consagra el derecho de todo ciudadano a acceder a la administración de justicia para la reparación de agravios). Bajo esta doctrina, se entiende que un ciudadano no puede ser responsable de una práctica anticompetitiva bajo la Ley Anti-Monopolio (*Sherman Act*) por el solo hecho de acudir a las autoridades en beneficio propio, incluso aunque dicho beneficio pueda llegar a tener efectos anticompetitivos en el mercado⁵.

Como se manifestó anteriormente, esta doctrina fue inicialmente desarrollada en el caso *Eastern Railroad Presidents Conference c. Noerr Motor Freight Inc.* en el cual, la Corte Suprema de EE.UU. decidió no condenar a un grupo de empresas ferroviarias que habían logrado que ese Estado sancionara una ley que limitaba la carga máxima que podía transportarse en sus carreteras, obteniendo de esta manera una ventaja competitiva respecto de las empresas de transporte por carretera⁶. En esta ocasión, la Corte concluyó que resultaba irrelevante si la promoción de la ley que limitaba la carga máxima para transporte en carreteras tenía el propósito de afectar a los competidores de las empresas ferroviarias, siempre y cuando la intención no fuera un intento por interferir directamente en las relaciones comerciales de un competidor⁷.

1 Lianos I, I Regibeau, P (2017) “Vexatious”/“Sham” Litigation in EU and US Antitrust Law: A Mechanism Design Approach”. Londres. University College de Londres. Centro de Derecho, Economía y Sociedad (CLES).

2 Klein, C (1989) “The Economics of Sham Litigation: Theory, Cases and Policy”. Comisión Federal de Comercio.

3 Lianos I, I Regibeau, P (2017) “Vexatious”/ “Sham” Litigation in EU and US Antitrust Law: A Mechanism Design Approach”. Londres. University College de Londres. Centro de Derecho, Economía y Sociedad (CLES).

4 “El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para solicitar al gobierno la reparación de agravios”.

5 *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, 365 U.S. 127, 135 (1961); *United Mine Workers v. Pennington*, 381 U.S. 657, 670 (1965).

6 Torregrosa A (2009) “El ejercicio Anticompetitivo del Derecho a Litigar”. Araoz & Rueda Abogados. Madrid.

7 Ibid.

Entonces, para concluir la contextualización de la doctrina *Noerr Pennington*, esta se debe entender como una inmunidad parcial de cara a las consecuencias que trae la Ley-Antimonopolio, que a su vez puede ser alegada por personas naturales o jurídicas cuando se promuevan leyes o regulaciones que puedan tener efectos anticompetitivos. Se trata de una inmunidad parcial y no absoluta pues, para operar, es necesario que se demuestre que lo que se está buscando mediante la promoción de dicha ley o regulación no es en realidad un intento por interferir en las relaciones comerciales de un competidor.

Posteriormente, la Corte Suprema de EE.UU., en [Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.](#) ("PREI"), desarrolló el "Test PREI" mediante el cual se dictaron los parámetros bajo los cuales se podría concluir que se configura el sham litigation:

*"En primer lugar, la **demanda debe carecer objetivamente de fundamento legal**, en el sentido de que ningún litigante razonable podría esperar de forma realista un resultado favorable en cuanto al fondo. Si un litigante objetivo pudiera concluir que la demanda está razonablemente calculada para obtener un resultado favorable, la demanda estaría inmunizada en virtud de la Doctrina Noerr Pennington y una demanda por prácticas anticompetitivas estaría destinada a fracasar. Entonces, sólo si el litigio impugnado carece objetivamente de fundamento puede un tribunal examinar la motivación subjetiva del litigante. Con arreglo a esta segunda parte de nuestra definición de simulación, el tribunal debe centrarse en si la demanda infundada **oculta un intento de interferir directamente en las relaciones comerciales de un competidor** mediante el uso del proceso gubernamental -en contraposición al resultado de dicho proceso- como arma anticompetitiva"⁸ (énfasis agregado por los autores).*

De esta transcripción se puede concluir que, para que se satisfaga el *Test PREI* en EE.UU., existen dos requisitos: **(i)** que pueda evidenciarse que la demanda carece objetivamente de fundamento legal, y **(ii)** que se demuestre que la acción promovida oculta una intención de afectar las relaciones comerciales de un competidor u otro agente en el mercado.

Dicho esto, para conceptualizar de manera general esta figura, se debe reconocer que cualquier litigio iniciado para lograr un detrimento en la competencia y, por ende, un perjuicio eventual para los consumidores es una práctica constitutiva del abuso de derecho a litigar⁹.

Ahora, cabe señalar que, a pesar de que el *sham litigation* en EE.UU. puede darse en cualquier contexto y bajo cualquier rama del derecho, este se presenta con más frecuencia en el ámbito de la Propiedad Intelectual y el régimen de competencia.

De acuerdo con el estudio titulado "*Sobre el Uso Anticompetitivo de los Procedimientos Judiciales para Hacer Valer Derechos de Propiedad Intelectual: Litigios Temerarios*", llevado a cabo por la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI)¹⁰, existe una tensión entre el derecho de la competencia y la exclusividad que le otorga los derechos de propiedad intelectual a sus titulares, especialmente en temas de patentes. En efecto, si se entra a analizar a fondo esta cuestión, necesariamente se debe concluir que la exclusividad de los derechos de propiedad

8 Professional Real Estate Investor, Inc. v Columbia Pictures Industries, Inc. 508 U.S. 49 (1993) p. 12. Traducción libre al español del autor.

9 Lianos I, I Regibeau, P (2017) "*Vexatious/"Sham" Litigation in EU and US Antitrust Law: A Mechanism Design Approach*". Londres. University College de Londres. Centro de Derecho, Economía y Sociedad (CLES).

10 Disponible en el siguiente enlace: https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=199801

intelectual deviene de una protección legalmente permitida en contra de las dinámicas competitivas del mercado. Así, se generan dos problemas, por un lado, tratar con un derecho constitucionalmente asegurado, y por otro, considerar que la ley asegura a titular de una patente un derecho inequívoco de excluir a competidores.

En el estudio de la OMPI, se solicitó información a varias autoridades extranjeras competentes en materia de Propiedad Intelectual (entre estas, la oficina de EE.UU., México, España, República de Corea y Turquía). En particular, se le requirió a cada jurisdicción proveer cualquier tipo de información referente a procesos administrativos o judiciales que involucren los derechos otorgados en el Artículo 1.1 del Acuerdo Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC)¹¹, donde al menos uno de los siguientes criterios se haya presentado:

*“(a) procedimientos en los que las **expectativas favorables para el demandante (o parte requirente)** son evidentemente improbables, pero la iniciación o continuación del procedimiento por sí misma es susceptible de tener efectos anticompetitivos;*

*(b) procedimientos sobre la misma causa o causas estrechamente relacionadas, cuando dicha **reiteración de acciones** o solicitudes (aunque cada acción o solicitud por sí misma fuera procesalmente razonable) también pueda tener efectos contrarios a la competencia;*

*(c) acciones, iniciativas de solicitudes en las que el **beneficio para el demandante o la parte solicitante podría resultar de la iniciación** o continuación del procedimiento en sí mismo más que del resultado final del ejercicio, y dicha iniciación o continuación por sí misma pueda tener efectos anticompetitivos; o*

*(d) cualquier acción, iniciativa de solicitud, que en virtud de la legislación nacional pueda calificarse de **abuso de derecho o abuso de procedimiento**, y dicho abuso pueda tener efectos contrarios a la competencia”¹² (énfasis agregado por los autores).*

Luego de analizar caso a caso la situación en cada país, la OMPI concluyó que en la mayoría de las jurisdicciones la presencia del *sham litigation* en temas de Propiedad Intelectual está supeditado a comportamientos perjudiciales que demuestran una intención maliciosa. A su vez, podría argumentarse que, en vista del peculiar estatus de los derechos de propiedad intelectual como poder exclusivo constitutivo de “monopolios de propiedad industrial” (que no necesariamente corresponden a monopolios en mercados relevantes según su concepción en el derecho de la competencia), los cuales están legalmente aceptados, y los tribunales de cada jurisdicción deben imponer criterios más estrictos para promover una dinámica competitiva.

Adicional a esto, respecto al *Test PREI* (ya mencionado *supra*), la OMPI también concluyó que este es un examen que es de difícil acreditación, pues cualquier accionante razonable puede creer firmemente que tiene alguna posibilidad de ganar el litigio, lo que desvirtuaría uno de los fundamentos básicos del *sham litigation*. Por esta razón, a la fecha del estudio de la OMPI (2012), en EE.UU. no se había acreditado aun un caso de *sham litigation*.

11 El artículo 1.1 del ADPIC establece lo siguiente: 1. Los Miembros aplicarán las disposiciones del presente Acuerdo. Los Miembros podrán prever en su legislación, aunque no estarán obligados a ello, una protección más amplia que la exigida por el presente Acuerdo, a condición de que tal protección no infrinja las disposiciones del mismo. Los Miembros podrán establecer libremente el método adecuado para aplicar las disposiciones del presente Acuerdo en el marco de su propio sistema y práctica jurídicos.

12 Organización Mundial de Propiedad Intelectual, (2012) *Sobre el Uso Anticompetitivo de los Procedimientos Judiciales para Hacer valer Derechos de Propiedad Intelectual: Litigios Temerarios*. Pág. 3

Por otro lado, la Corte Suprema de EE.UU. también ha conocido varios casos en donde se discute el *sham litigation* en el marco de derechos de Propiedad Intelectual, especialmente en patentes. A modo de ejemplo, en el caso [Lund Industries, Inc. v. Westin, Inc.](#) de 1990, Lund Industries Inc. demandó a Westin Inc. por presuntamente infringir las patentes de titularidad de Lund para viseras de camiones, entre otras pretensiones. Por su parte, Westin Inc., contestó la demanda y presentó una demanda en reconvenición por nulidad de la patente y simulación de litigio. No obstante, se determinó que la pretensión referente a la declaratoria de una simulación de litigio no era procedente, en tanto no se acreditó la mala fe de Lund Industries Inc.

En otra ocasión, en [Federal Trade Commission v. Abbvie Inc](#) (2017) la Comisión Federal de Comercio demandó a AbbVie y Besins Healthcare, cotitulares de la patente que protegía el medicamento identificado bajo la marca *AdroGel*, por presuntamente iniciar un litigio simulado en contra de Teva y Perrigo, proveedores de genéricos, encaminado a evitar el ingreso de la versión genérica del medicamento al mercado. En primera instancia, el Tribunal del Distrito Este de Pensilvania determinó que la demanda instaurada por AbbVie carecía objetivamente de fundamento en la medida que dicha compañía no podría razonablemente esperar que sus pretensiones fueran fructíferas. Consecuentemente, dicho tribunal concluyó que las demandas instauradas por AbbVie eran un intento por afectar las relaciones comerciales de Teva y de Perrigo.

Posteriormente, en sede de apelación, la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito determinó que el Tribunal del Distrito erró al considerar que el litigio promovido por AbbVie en contra de Teva era simulado. Sin embargo, mantuvo que el litigio iniciado en contra de Perrigo sí constituía un litigio simulado, pues no había suficientes pruebas que pudieran acreditar que AbbVie creyera genuinamente que tenía posibilidades de ganar con los argumentos que se expusieron en la demanda inicial.

Este caso marca un hito importante para la debida acreditación del *sham litigation* en EE.UU., pues como concluyó la OMPI en su estudio del 2012, el *Test PREI* es de difícil acreditación y, hasta el año de dicho estudio, no había sido posible declarar un litigio simulado que versara sobre derechos de Propiedad Intelectual. Sin embargo, en este caso, la Corte del Tercer Circuito consideró que el accionante habría iniciado un litigio a sabiendas de que sus pretensiones no serían fructíferas y que, por el contrario, estaban encaminadas única y exclusivamente a mantener el monopolio otorgado por la patente del medicamento *AndroGel*.

En concordancia con lo anterior, y a modo de conclusión para este acápite sobre las manifestaciones del abuso del derecho a litigar en la jurisdicción estadounidense, se debe considerar que la figura del *sham litigation*, entendida como un abuso del derecho de litigio mediante el cual se despliega una estrategia anticompetitiva y fraudulenta, surge como una excepción a la doctrina *Noerr Pennington*.

Consecuentemente, el *sham litigation*, se puede llegar a clasificar como un abuso del denominado "*Right to Petition*", consagrado en la primera enmienda de la Constitución, pues como ya se explicó, esta figura se utiliza para sancionar a las personas que presenten acciones legales que carezcan de fundamento legal, y que oculten una intención de afectar las relaciones comerciales de un competidor.

b. El "litigio predatorio" en el Perú

Por otro lado, la figura del "litigio predatorio" en Perú, como una manifestación del abuso del derecho a litigar, ha sido reconocida como una práctica anticompetitiva, específicamente como un abuso de la posición de dominio a través de la cual un agente con extensa participación de mercado acude al aparato jurisdiccional con el propósito de impedir y obstaculizar la entrada o permanencia de sus competidores¹³. En tal sentido,

13 Quintana, E (2013). *Libre Competencia*. Colección Vigésimo Aniversario INDECOPI.

la prohibición del litigio predatorio permite un equilibrio sano entre el derecho a la tutela jurisdiccional, o mejor conocido en el Perú como derecho de acción y la protección de la competencia¹⁴.

A modo de contexto, la Constitución Política del Perú, en su artículo 139, consagra el derecho a acceder a la administración de justicia en los siguientes términos:

*“Artículo 139°. - Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. La observancia del debido proceso **y la tutela jurisdiccional**” (énfasis agregado por los autores).*

El Tribunal Constitucional del Perú ha definido el derecho de acción como la facultad que tiene toda persona de acudir al órgano jurisdiccional en busca de una tutela jurisdiccional con el propósito de que se provea una solución a un conflicto de intereses legítimos, o a una incertidumbre jurídica, a través de una decisión fundada en derecho¹⁵. Entonces, desde un enfoque constitucional, el litigio predatorio se entendería como un abuso del derecho de acción consagrado en el artículo 139 de la Constitución Política del Perú.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), señaló en la Interpretación Prejudicial No. 02-IP-2019 que el ejercicio abusivo de litigios administrativos o jurisdiccionales, que para el caso del Perú sería el abuso del derecho de acción, conduce necesariamente a la figura del abuso de posición de dominio bajo una modalidad del litigio predatorio¹⁶. Esta modalidad fue reconocida por el TJCA como un mecanismo eficaz utilizado para excluir a los competidores del mercado, o para retardar su entrada a través del uso indebido de procedimientos administrativos judiciales¹⁷, lo que constituye un comportamiento proscrito bajo el literal g) del artículo 8 de la Decisión 608 de la Comunidad Andina:

“Artículo 8.- Se presumen que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado: (...) g) Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.”

También, se debe traer a colación el elemento monetario, característico del litigio predatorio. Así, se parte de la premisa de que todo litigio implica costos, estos pueden incluir pero no limitarse a: el pago de tasas judiciales, honorarios profesionales de los abogados que se requieran para defender los intereses del demandado, el tiempo invertido en el proceso y la incertidumbre acerca del resultado del litigio¹⁸.

Estos costos son previstos por el competidor que acudirá de manera predatoria al aparato jurisdiccional, sin embargo, no tienen ninguna incidencia en su decisión de iniciar un litigio ya que el gasto de acudir a la administración de justicia no le genera un detrimento significativo (por el contrario, el litigio se convierte en un instrumento de bajo costo para excluir a un competidor del mercado). Por otro lado, para el demandando no es así, pues al ser este un competidor con poca fuerza en el mercado tendrá que incurrir en gastos para defenderse del proceso administrativo o judicial que, para él, marcan la diferencia entre estar en el mercado o no estarlo. Lo anterior, según el TJCA, genera el efecto excluyente en el mercado.

14 Ibid.

15 Tribunal Constitucional del Perú Sentencia No. 2293 de 2003. Magistrados: Alva Orlandini, presidente; Gonzales Ojeda y García Toma.

16 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina Proceso 02-IP-2019.

17 Ibid.

18 Ibid.

Lo importante aquí, es que el accionante no obtiene un beneficio del resultado del litigio sino de los costos en los que tuvo que incurrir el demandado. En palabras del TJCA, "*Para la incumbente, el beneficio no es tanto el litigio en sí mismo, sino lo que este genera en el competidor; forzar su salida del mercado o impedir que entre a él*"¹⁹.

De manera similar a como opera la figura del *sham litigation* como excepción a la doctrina *Noerr Pennington*, el litigio predatorio no se da únicamente en instancias judiciales sino en instancias pre-reglamentarias en las que un competidor puede promover ante una entidad pública la sanción de una ley que pueda tener repercusiones anticompetitivas. A modo de ejemplo, se puede mencionar la solicitud de que se haga exigible la expedición de licencias ambientales para operar en determinadas zonas del país. Para un competidor que ostenta una posición de dominio, el trámite de una licencia ambiental puede no repercutir significativamente en su política de gastos, mientras que para un competidor pequeño puede, nuevamente, marcar la diferencia entre estar en el mercado o no estarlo.

Luego de este contexto jurisprudencial, es preciso identificar los elementos constitutivos del litigio predatorio en Perú. Estos elementos son: **(i)** el uso reiterado de acciones legales contra competidores, y **(ii)** la utilización abusiva de dichas acciones²⁰. Nuevamente, como ocurre en el test PREI que acredita el *sham litigation* en EE.UU., la utilización abusiva del aparato jurisdiccional exige un estándar probatorio difícil de demostrar. Esto pues, por un lado, se debe acreditar que la demanda carece objetivamente de fundamento legal y mérito (y, por ende, de una expectativa razonable de ganar el litigio que sustente las pretensiones del accionante) y, por otro, se deberá demostrar que la acción promovida oculta una intención de afectar las dinámicas competitivas del mercado, al buscar que se establezcan barreras de entrada y consecuentemente se afecten las relaciones comerciales de los competidores²¹.

Ahora bien, tenemos conocimiento de que la figura del litigio predatorio en el Perú se ha discutido en dos oportunidades. En el 2007, mediante el caso de *Asociación Peruana de Operadores Portuarios (APOP) y otros contra Pilot Station S.A. (Pilot)* y, en el 2011, en el caso de *Asociación de Operadores de Ferrocarriles del Perú (APOFER) contra Ferrocarril Transandino S.A. (FETRANS), Perurail S.A. (Perurail), Peruval Corp. S.A. (Peruval), y Peruvian Trains & Railways S.A. (PTR)*.

En primer lugar, en el caso de APOP y otros contra Pilot, se vio acreditada la figura de litigio predatorio debido a las diversas acciones judiciales iniciadas por Pilot (empresa que administra prácticos marítimos), en contra de exfuncionarios que renunciaron de manera voluntaria para trabajar con la competencia. En esta oportunidad, el INDECOPI determinó que las acciones iniciadas por Pilot en contra de sus exfuncionarios estuvieron encaminadas a impedir que los prácticos que renunciaron de manera voluntaria continuaran desplegando sus actividades de practica, lo que en realidad tuvo como propósito generar un perjuicio a las empresas competidoras. Este perjuicio habría consistido en la disminución de la posibilidad de poder competir adecuadamente en el mercado de servicios portuarios, al no contar con un elemento básico de la cadena de valor de dicho mercado, es decir, los prácticos marítimos que fueron objeto de las acciones legales iniciadas por Pilot²².

19 Ibid.

20 Quintana, E (2013). *Libre Competencia*. Colección Vigésimo Aniversario INDECOPI.

21 Ibid.

22 Resolución N°037-2005-INDECOPI/CLC, del 04 de agosto del 2005 citada en Quintana, E (2013). *Libre Competencia*. Colección Vigésimo Aniversario INDECOPI.

Habiendo acreditado que la demanda estaba encaminada a afectar las dinámicas competitivas del mercado al buscar que se afectaran las relaciones comerciales de los competidores, el INDECOPI concluyó que la interposición de las denuncias en contra de sus exfuncionarios sí afectaba las dinámicas competitivas del mercado y tenían la virtualidad de afectar y obstaculizar las relaciones comerciales de los competidores de Pilot.

En el 2011, con el caso de APOFER contra FETRANS, Perurail, Peruval, y PTR, Perurail, quien mantenía una relación económica muy estrecha con Peruval y PTR, fue denunciado por APOFER por presuntamente haber abusado del derecho de acción al interponer diversas acciones judiciales con el propósito de entorpecer la competencia entre empresas de transporte ferroviario en la ruta Ollantaytambo Machu Picchu-Hidroeléctrica del Ferrocarril del Sur-Oriente (FSO). Según APOFER, las tres empresas denunciadas constituían un grupo empresarial que habría promovido estas acciones judiciales para dilatar el acceso de empresas competidoras al mercado y así permitir que Perurail mantuviera su posición de dominio²³.

En primera instancia, el INDECOPI tuvo en cuenta varios aspectos de las acciones promovidas por Perurail, entre estos, la motivación de los accionantes, el número de acciones legales interpuestas, la oportunidad en la que se inician las acciones legales, los sujetos contra los que se dirigen y los efectos que puede tener sobre la competencia. Todos estos aspectos pudieron ser verificados en el caso, para finalmente concluir que efectivamente Perurail sí había acudido a la jurisdicción peruana con una motivación predatoria y anticompetitiva²⁴.

No obstante, en segunda instancia, tras analizar cada proceso judicial iniciado por Perurail, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, no consideró que se verificara una motivación predatoria pues, en su opinión, cada denuncia instaurada sí ostentaba un fundamento legítimo y, por ende, una expectativa de triunfo. Respecto a la cantidad de procesos iniciados, el Tribunal concluyó que era un indicio de expectativa de triunfo aumentar el espectro de posibilidades de lograr un resultado favorable²⁵. Por lo tanto, el Tribunal revocó la sentencia proferida por el INDECOPI y se descartó la posibilidad de que Perurail, junto con Peruval y PTR, hubiesen abusado del derecho al iniciar una serie de procesos judiciales en contra de sus competidores.

Teniendo a la vista estos antecedentes, se debe concluir entonces que en el Perú, al igual que en Estados Unidos, también existe un precedente en el cual se comprobó que el abuso de los procesos legales (como un abuso del derecho de acción) puede constituir una práctica restrictiva de la competencia capaz de atropellar las relaciones comerciales de competidores al afectar las dinámicas competitivas del mercado.

De este modo, y tal como ocurre en la jurisdicción estadounidense, en la jurisdicción peruana también se ha reconocido que el abuso del derecho de acción puede constituir un litigio predatorio en el contexto de la Propiedad Intelectual, lo cual fue señalado por el TJCA en la Interpretación Prejudicial 02-IP-2019. Al respecto, el TJCA advirtió que la adquisición y acumulación desmedida de derechos de propiedad industrial mediante el ejercicio excesivo de registros de patentes y registros de marcas, puede configurar un abuso de los derechos de propiedad industrial.

Aplicando esto al estándar de abuso de posición de dominio, estas situaciones se podrían dar cuando un agente de mercado con participación preponderante interpone diversas acciones (como la oposición al

23 Quintana, E (2013). *Libre Competencia*. Colección Vigésimo Aniversario INDECOPI.

24 Resolución N° 026-2010/CLC-INDECOPI, del 3 de mayo de 2010 citada en Quintana, E (2013). *Libre Competencia*. Colección Vigésimo Aniversario INDECOPI.

25 Ibid.

registro de derechos de propiedad industrial, solicitudes de cancelación o nulidad, denuncias o demandas por infracción de dichos derechos) con la única intención de afectar el desenvolvimiento de un competidor en el mercado. Así, el TJCA considera que, de acreditarse estos hipotéticos, se podría concluir que el sistema de protección de la propiedad industrial se instrumentaliza con el propósito de generar efectos anticompetitivos. Este supuesto debería ser reprochado a la luz del artículo 8 de la Decisión 608 de la Comunidad Andina.

Asimismo, el TJCA señala diversas metodologías para que las autoridades competentes de cada país miembro de la Comunidad Andina puedan identificar en un caso de abuso de posición de dominio, el litigio predatorio referente a derechos de propiedad industrial. Entre estas metodologías se encuentra el Test PREI, descrito en la sección de *sham litigation* en Estados Unidos (sección II, letra 'a'). El TJCA también menciona que, cuando se trate de una pluralidad de procesos legales, se torna relevante la metodología "USS-POSCO"²⁶, mediante la cual se hace un análisis de la intención del accionante.

Por otra parte, cabe advertir que el TJCA trae a colación un estándar desarrollado por el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea en el caso *ITT Promedia v. Belgacom*, más conocido como "Caso Promedia"²⁷. En este caso, el tribunal europeo determinó que los criterios relevantes para identificar una acción judicial abusiva eran: **(i)** que no pudiera considerarse razonablemente que la acción judicial tiene por objeto hacer valer los derechos del accionante y que por tanto, dicha acción solo tuviera la intención de hostigar a la parte demandada; y **(ii)** demostrar que la acción instaurada está concebida con el fin de suprimir la competencia.

Frente al primer requisito, el TJCA en la Interpretación Prejudicial 02-IP-2019 concluyó, que una autoridad competente no debe determinar si el accionante le asistía o no un derecho al momento de acudir a la jurisdicción, sino que se debe analizar su intención, y si acaso esta no consistía en la protección de un derecho sino que en "agotar" a la parte demandada. Frente al segundo requisito, se determinó que la autoridad competente no tendría que verificar si la empresa dominante tenía o no un derecho de propiedad industrial válidamente concedido, o si la acción ejercida por dicha empresa era procedente o fundada, sino que tendría que indagar en la finalidad, intencionalidad o motivación de suprimir la competencia o de hostigar o acosar a sus competidores mediante la interposición de acciones legales.

Luego de hacer un recuento jurisprudencial de los casos "hitos" en esta materia, el TJCA señala algunos criterios jurídicos para que cada autoridad, al conocer una denuncia por abuso de posición de dominio bajo la modalidad de litigación predatoria referente a derechos de propiedad industrial, pueda tener fundamentos claros para tomar una decisión acertada. Entre estos, los siguientes:

"Para evaluar la finalidad, motivación o intencionalidad de las acciones legales emprendidas por la empresa con posición de dominio, la agencia o autoridad nacional de competencia podrá tener en consideración, entre otros, los siguientes criterios meramente enunciativos:

26 «When dealing with a series of lawsuits, the question is not whether any one of them has merit —some may turn out to, just as a matter of chance— but whether they are brought pursuant to a policy of starting legal proceedings without regard to the merits and for the purpose of injuring a market rival. The inquiry in such cases is prospective: Were the legal filings made, not out of a genuine interest in redressing grievances, but as part of a pattern or practice of successive filings undertaken essentially for purposes of harassment» 31 F.3d 800 (9th Cir. 1994). // «Cuando se trata de una serie de demandas, la pregunta no es si es que alguna de ellas tiene mérito —algunas pueden tenerlo, sólo por suerte—, sino si es que son presentadas persiguiendo una política de iniciar procesos legales con prescindencia de los méritos y con el propósito de dañar a un rival del mercado. La interrogante en tales casos es prospectiva: ¿Las acciones legales fueron interpuestas, no por un interés genuino de reparación de sus agravios, sino como parte de un patrón o práctica de sucesivas demandas presentadas esencialmente con el propósito de acoso?»

27 Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=44050&doclang=en>.

- (i) Si el beneficio económico que la empresa dominante obtendría de un pronunciamiento favorable es significativamente menor al costo de la litigación. Esto se explicaría por la existencia de un beneficio colateral: forzar la salida del competidor del mercado, o impedir o retrasar su ingreso a él.
- (ii) Si se está ante la interposición de una multiplicidad de acciones legales reiterativas, es decir, solicitando prácticamente lo mismo y posiblemente bajo los mismos argumentos. Más que lograr un único pronunciamiento favorable, lo que sería razonable, la empresa con posición de dominio busca incrementar los costos de permanencia en el (o los costos de acceder al) mercado, de su competidor o competidores.
- (iii) El número de acciones legales interpuestas por la empresa con posición de dominio, el lugar y fecha (la oportunidad) de la interposición de tales acciones, los competidores denunciados o demandados y los efectos que pueden tener dichas acciones sobre los referidos competidores.
- (iv) La existencia de pronunciamientos previos desfavorables, y que a pesar de esto la empresa con posición de dominio emprende acciones legales conducentes a solicitar o denunciar aquello que antes le fue negado, con el único propósito de que los procesos administrativos o jurisdiccionales retrasen, en lo que fuere posible, la entrada del competidor al mercado.
- (v) El uso de una pluralidad de medidas cautelares con el único propósito de, mientras no haya un pronunciamiento firme, retrasar en cuanto sea posible la entrada del competidor o competidores al mercado.²⁸

Se concluye entonces que, a pesar de que en la Comunidad Andina y específicamente en Perú no se tenga una noción tan clara del litigio predatorio como una modalidad de abuso de los derechos de propiedad industrial, el TJCA ha sentado un precedente jurisprudencial al cual pueden acudir las autoridades de cada país miembro para que, en el supuesto de que se presente un caso de abuso de posición de dominio en temas relacionados con derechos de propiedad industrial, se utilicen estos criterios mencionados para tomar una decisión acertada.

Para concluir este acápite, se tiene que la manifestación del abuso del derecho a litigar en el Perú se expresa como una práctica anticompetitiva que deviene de un abuso de la posición de dominio con la intención de dilatar o impedir la entrada o permanencia de un competidor en el mercado. También se debe tener en cuenta el elemento monetario que marca la diferencia en un litigio predatorio, pues el accionante con poder de mercado utiliza el litigio como un instrumento que, para él, es de bajo costo, mientras que para el demandado es de alto costo (definiendo si puede estar o no en el mercado).

Se tiene entonces que los elementos constitutivos del litigio predatorio en el Perú son dos: el uso reiterado de acciones legales y la utilización abusiva de dichas acciones. Ambos se vieron acreditados en el caso de Asociación peruana de Operadores Portuarios (APOP) y otros contra Pilot Station S.A. (Pilot).

c. El “abuso procesal” en Argentina

El abuso procesal en Argentina, manifestado como un abuso del derecho a litigar, deviene de una aplicación incorrecta o excedida de las instancias procesales atribuidas a las personas que acuden al aparato jurisdiccional

28 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina Proceso 02-IP-2019.

de dicho país. Como es evidente, el abuso procesal necesariamente implica un abuso del derecho, lo que genera una relación de género y especie (siendo el abuso del derecho el género, y el abuso procesal la especie). No obstante, si bien el abuso del derecho puede manifestarse de varias maneras (tal como ya se ha discutido en las jurisdicciones de Estados Unidos y del Perú respecto al derecho de la competencia), en Argentina esta figura se ha enmarcado en el derecho procesal.

La Constitución de Argentina, en su artículo 43, consagra el derecho de acción a través del cual toda persona puede acudir a la jurisdicción para el amparo de un derecho:

“ARTÍCULO 43.- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley (...).”

Adicionalmente, en la legislación argentina también se encuentra consagrada la figura del abuso del derecho en el artículo 1071 del Código Civil:

“ARTICULO 1071- El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.”

Entonces, se tiene que el artículo 1071 del Código Civil argentino, que a su vez está estrechamente relacionado con el artículo 43 de la Constitución, si bien consagra el principio general de abuso del derecho, de manera preferente se emplea para las instancias procesales, aplicando esta figura de manera casi exclusiva al derecho procesal. Esto pues es a través de esa rama del derecho que es posible la efectiva materialización de los derechos sustanciales reconocidos en la Constitución y en la Ley²⁹. Bajo este presupuesto, el abuso judicial surge de manera general como una herramienta para que los jueces argentinos procuren el pleno y práctico desarrollo de la actividad jurisdiccional.

Así, el fundamento para la aplicación del abuso judicial se basa en la idea de que las conductas desplegadas por las partes en el marco de un litigio jurisdiccional, constituye un aspecto crítico para el pleno desarrollo de la actividad jurisdiccional, y por ende, de la administración de justicia. De esta manera, el *deber ser* de esta actividad jurisdiccional implica que los sujetos procesales ejerciten sus derechos conforme a la finalidad que ha sido reconocida en el ordenamiento jurídico argentino de manera que, cuando las partes exceden la finalidad que les fue otorgada a los derechos que se pretenden hacer efectivos, se constituya el abuso procesal³⁰.

Al ser esta una figura que puede resultar de difícil aplicación, doctrinalmente, se han establecido algunos indicios que permiten identificar cuándo se está efectivamente ante un abuso procesal. Entonces, se ha determinado que se está ante un abuso procesal cuando, en un proceso, se ejercen de manera *“excesiva, injusta impropia o indebida, poderes-deberes funcionales, atribuciones, derechos y facultades por parte de*

29 Álvarez, M. (2001) Abuso Procesal. En Abuso Procesal, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2001.

30 Trigiani, A (2017). El Abuso Procesal. Universidad del Salvador. Aequitas.

alguno de los sujetos procesales, principales o eventuales, desviándose del fin asignado al acto o actuación ocasionando un perjuicio innecesario”³¹.

Teniendo en cuenta este estándar doctrinal, se han desarrollado los elementos constitutivos del abuso judicial, siendo estos:

*“(a) el **ejercicio de una conducta permitida** y regulada por una norma legal de derecho positivo, y, (b) la **contrariedad con los fines de la norma** o las reglas de la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Finalmente, otro elemento (c) consiste en la verificación de un **perjuicio** injusto causado a otro sujeto”³² (énfasis agregado).*

Así las cosas, para que efectivamente se identifique un abuso judicial y un juez pueda declarar como reprochable las actuaciones de las partes que acuden a la jurisdicción argentina, se debe probar, en un primer momento, que las partes están ejerciendo un derecho reconocido por la Constitución o la ley que ha sido regulado, y que permita el inicio de una acción judicial.

En un segundo momento, se debe acreditar que dichos derechos se están pretendiendo ejercer de manera contraria a la finalidad que les fue otorgada por el ordenamiento jurídico, con una intención contraria a la buena fe, la moral y las buenas costumbres (es decir, existe un factor de dolo o culpa grave por parte de quien activa el aparato jurisdiccional que debe ser considerado³³).

Finalmente, se debe constatar que la parte demandada ha sufrido un perjuicio que deviene del uso abusivo de la parte demandante de los derechos que se pretenden ejercer. En este punto, se ha discutido si el daño debe ser grave, excesivo, desproporcionado o económicamente significativo³⁴ para la parte demandante. Sin embargo, es posible medir la calidad del perjuicio en base a la afectación del bien jurídico de eficiencia procesal, es decir, en la demora o injustificada prolongación del trámite judicial que resulta indispensable para la efectiva materialización de los derechos sustanciales reconocidos.

Dicho lo anterior, estos elementos constitutivos del abuso procesal pueden desglosarse aún más dependiendo del momento en el que se da el ejercicio abusivo del derecho de acción por parte de quien acude al aparato jurisdiccional. Entre estos se encuentran: **(i)** elección de la vía más dañosa para el adversario, **(ii)** confundir al oponente por la vía del proceso, **(iii)** reclamar sin fundamento aparente, **(iv)** cuando se busca con el proceso una finalidad coactiva, **(v)** cuando se acude al proceso sin necesidad, **(vi)** recusación maliciosa, **(vii)** abuso en materia probatoria, **(viii)** abuso en materia recursiva, **(ix)** abuso en las medidas de ejecución, y **(x)** abuso en las medidas cautelares³⁵.

Ahora bien, habiendo ya expuesto los indicios doctrinales y elementos constitutivos del abuso procesal en Argentina, se puede identificar su materialización en algunas decisiones jurisprudenciales. Sin embargo, se debe recordar que la figura del abuso al derecho de litigar en este país se manifiesta de manera casi exclusiva

31 Alvarez, M. (2001) Abuso Procesal. En Abuso Procesal, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2001.

32 Trigiani, A (2017). El Abuso Procesal. Universidad del Salvador. Aequitas.

33 Ibid.

34 Ibid.

35 Ibid.

en el derecho procesal, situación distinta a la que ocurre en las jurisdicciones estadounidense y peruana previamente revisadas (en las cuales el abuso del derecho a litigar se ha enmarcado en el derecho de la competencia como una práctica anticompetitiva). En este sentido, la figura del abuso judicial en Argentina se ha identificado en una variedad de casos que versan sobre diferentes ramas del derecho.

Un caso que ha ameritado discusión en la doctrina argentina sobre el abuso judicial es el caso de Oscar Héctor Argañaraz, y Luis Víctor Pereira contra Gustavo Carattoni, en un trámite de indemnizaciones de despido. En esta oportunidad, se condenó al señor Gustavo Carattoni y a su abogado a la sanción consagrada en el artículo 275 de la Ley del Contrato de Trabajo, por considerar que el demandado obró de mala fe, de manera temeraria y con malicia al plantear recursos infundados y dilatorios que, en últimas, postergaron el pago de la indemnización y sus correspondientes intereses a los señores Oscar Héctor Argañaraz, y Luis Víctor Pereira³⁶.

Así, en este caso se pueden materializar algunos de los elementos constitutivos del abuso procesal. En primer lugar, se identifica la contrariedad con los fines otorgados a los recursos y el reclamo sin fundamento aparente, al haber sido presentados en el marco de un proceso sin sustento legítimo alguno, abusando así de la materia recursiva. En segundo lugar, se verifica el perjuicio injusto causado a los señores Oscar Héctor Argañaraz, y Luis Víctor Pereira, al dilatar el pago de la indemnización por despido incausado y sus respectivos intereses³⁷.

Por consiguiente, teniendo en cuenta que el abuso judicial se puede configurar en cualquier situación que demuestre un exceso de las facultades para acudir a la administración de justicia, cualquier atentado en contra de la eficiencia del proceso es un claro escenario de esta figura.

Dado este recuento doctrinal y jurisprudencial de la figura del abuso judicial en Argentina, se concluye que esta opera como un ejercicio descomedido del derecho de acción y que, a su vez, se enmarca de manera casi exclusiva en el derecho procesal. Además, para que este abuso se verifique, se debe demostrar que la forma de ejercer los derechos invocados bien sea a través de una acción o de un recurso, es contraria a la finalidad que les fue otorgada por el ordenamiento jurídico, con una clara intención contraria a la buena fe. Por último, se debe acreditar que la contraparte ha sufrido un perjuicio que deviene de una dilatación procesal.

d. La “litigación abusiva” en España

La litigación abusiva en España manifestada como un abuso del derecho a litigar, parte de un uso excesivo del derecho de acción concedido por el ordenamiento jurídico español que conlleva elementos de mala fe y temeridad. El derecho de acción comprende a su vez la capacidad que les asiste a las personas de acudir a la justicia para obtener la tutela judicial efectiva. Sin embargo, como se ha reconocido en varias jurisdicciones, este derecho no es absoluto y está sujeto a restricciones y limitaciones.

Entonces, se entenderá que la figura de la litigación abusiva en España surge como una excepción al derecho de acción consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española de 1978. Esta norma, en su numeral 1, establece lo siguiente:

“Artículo 24. 1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

36 Contreras, J (2019). La Doctrina del abuso procesal en la Argentina. Universidad Empresarial Siglo Veintiuno.

37 Ibid.

A su vez, en el ordenamiento procesal español existen varias disposiciones que prevén la posibilidad de que las personas que acudan a la justicia estén ejerciendo de manera excesiva sus derechos, considerando esto como una conducta reprochable. Así se establece en el artículo 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

“Artículo 247. Respeto a las reglas de la buena fe procesal. Multas por su incumplimiento.

1. Los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe.

2. Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

3. Si los Tribunales estimaren que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrán imponerle, en pieza separada, mediante acuerdo motivado, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de ciento ochenta a seis mil euros, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio.

Teniendo en cuenta estas disposiciones normativas, la litigación abusiva presupone necesariamente un abuso del proceso judicial que puede ocurrir en dos momentos. Primero, como un abuso del proceso en sí mismo, y segundo, como actuaciones abusivas dentro de un proceso sin que haya asistido una *iusta causa litigandi* o una *“razón derecha para litigar”*. Así, mientras que en el primer momento se ejerce el derecho de acción de manera tal que se extralimitan las finalidades que el ordenamiento jurídico le otorga al proceso, (lo que equivale a la superación de los límites en el ejercicio de la tutela judicial efectiva³⁸), el segundo momento supone una desnaturalización de las herramientas procesales³⁹.

Así las cosas, similar a las demás jurisdicciones contemporáneas, el acceso a la administración de justicia en España no solo implica el ejercicio de una mera facultad de iniciar un proceso judicial, pues en realidad se trata del ejercicio pleno de un derecho fundamental consagrado en la Constitución española en el artículo 24 previamente referido. Entonces, la litigación abusiva supone el uso ilegítimo de un derecho de rango supralegal⁴⁰.

Dicho lo anterior, tal como ocurre en la jurisdicción estadounidense, este tipo de litigio abusivo, si bien puede manifestarse en cualquier contexto en el cual una persona acuda al aparato jurisdiccional para hacer efectivos sus derechos, se ha presentado con relativa frecuencia en el ámbito de la Propiedad Intelectual, específicamente en la industria farmacéutica.

En una decisión del 21 de octubre de 2022, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) sancionó a la empresa farmacéutica Merck Sharp & Dome (Merck) por considerar que esta abusó del derecho exclusivo que le otorgaba una patente, con la finalidad de dilatar y obstaculizar la entrada de un producto -competidor- de Insud Pharma S.L. (Insud), en el mercado de anillos anticonceptivos⁴¹.

Desde el 2002 hasta el 2017, Merck era titular del derecho de patente sobre el dispositivo médico “Nuvaring”, el primer anticonceptivo bajo la modalidad de anillo que había sido aprobado para la comercialización en

38 Muñoz, A (2017). Abuso del Derecho y Ponderación de Derechos. Universidad Complutense de Madrid. Madrid.

39 Muñoz, A (2019). Concepto de abuso del proceso. Análisis doctrinal y jurisprudencial.

40 Ibid.

41 CentroCompetencia UAI (2023). Litigación abusiva como infracción de competencia: Sanción a Merck en España (ver [aquí](#)).

España. En el 2017, cuando la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios autorizó a Insud a comercializar su producto Ornibel, otro anillo anticonceptivo, Merck instauró una acción judicial ante el Juzgado de lo Mercantil No. 5 de Barcelona, argumentando una urgencia inminente para el decreto de una medida cautelar que buscaba prohibir la comercialización de Ornibel.

En un primer momento, la medida cautelar fue decretada, y entre septiembre y diciembre del 2017 la comercialización del producto Ornibel fue suspendida, lo que impidió la venta y distribución de este producto no solo en España, sino también en otros países de la Unión Europea. Posteriormente, Insud se opuso al decreto de la medida cautelar y su oposición resultó fructuosa (Merck impugnó esta decisión pero su recurso fue desestimado por la autoridad). Así, en el 2018, una vez que caducó la patente de Merck sobre el producto Nuvaring, las dos partes solicitaron la terminación del proceso⁴².

Si bien le fue permitido a Insud comercializar su producto luego de la revocación de la medida cautelar, Insud denunció ante la CNMC la demanda promovida por Merck en su contra alegando que esta era constitutiva de un abuso de la posición de dominio y, por ende, un litigio abusivo. Para conocer de este caso, la CNMC aplicó los criterios esgrimidos en el “Caso Promedia” (previamente mencionado como litigio predatorio en el Perú). A modo de recuento, en este caso se establecieron dos criterios para determinar cuándo se está ante un litigio abusivo: **(i)** que no pudiera considerarse objetivamente que la acción judicial tuviera por objeto valer los derechos del accionante y que, por tanto, dicha acción en realidad solo tuviera la intención única y exclusiva de hostigar a la parte demandada; y **(ii)** que se demuestre que la acción instaurada está concebida con el fin de suprimir la competencia⁴³.

Como se ha discutido en varias secciones, el primer elemento para acreditar un abuso del derecho a litigar es de difícil acreditación. Sin embargo, en esta ocasión la CNMC efectuó un análisis flexible de este criterio y concluyó que efectivamente Merck habría acudido a la jurisdicción española para interponer acciones judiciales sin fundamento legítimo. Estas acciones, a la luz del segundo criterio, no buscaban un amparo real de sus derechos sino un hostigamiento encaminado a prevenir la entrada del producto Ornibel de propiedad de Insud. Esto pues, bajo el entendimiento de la CNMC, la acción judicial instaurada por Merck estaba encaminada a suprimir la competencia.

Así, se evidencia cómo en España la figura de la litigación abusiva ha podido ser aplicada al derecho de la competencia en temas relacionados con la Propiedad Industrial y, específicamente, en la industria farmacéutica, para velar por los derechos de agentes de mercado que han sido víctimas de acciones temerarias interpuestas por competidores.

De esta manera, a la luz de lo ya señalado, se comprende que la figura del abuso judicial en España, como manifestación del abuso del derecho a litigar, encuentra un sustento doctrinal y jurisprudencial que se enmarca en el ejercicio desmedido del derecho a obtener una tutela judicial efectiva que, como todo derecho de rango fundamental, también está sujeto a limitaciones y restricciones.

e. El “acoso judicial” en Colombia

Habiendo ya expuesto las manifestaciones del abuso del derecho a litigar en los sistemas legales estadounidense, peruano, argentino y español, se debe advertir que esta figura en Colombia tiene una

42 Ibid.

43 Ibid.

connotación distinta. Esto, en la medida que la Corte Constitucional de Colombia, mediante la Sentencia T-452 de 2022⁴⁴, ha definido el abuso del derecho a litigar como un abuso del *derecho de acceso a la administración de justicia* que, de ser acreditado, obstaculiza el ejercicio efectivo de la libertad de expresión. Consecuentemente, esta conducta se configura como lo que se denomina un *acoso judicial*.

En Colombia, el acceso a la administración de justicia es un derecho fundamental consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política, el cual establece que *“Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia”*⁴⁵.

Este derecho fundamental, en concordancia con lo establecido en la Sentencia T-799 de 2011, ha sido reconocido como la posibilidad de que todas las personas puedan acudir en condiciones de igualdad a la prestación jurisdiccional. A su vez, la “prestación jurisdiccional” ha sido entendida como las diferentes instancias en las que se ejercen funciones jurisdiccionales, y que tienen la facultad de incidir en la determinación y regulación de los derechos e intereses legítimos previstos en el ordenamiento jurídico.

Lo anterior, atendiendo debidamente a las garantías procedimentales previstas en la Constitución y en la ley. Así pues, se tiene que el derecho de acceso a la administración de justicia es el mecanismo jurídico mediante el cual se hace efectiva la materialización de los demás derechos fundamentales. Esto pues, como es evidente, de no haber un acceso a la administración de justicia, no sería posible el cumplimiento de las garantías sustanciales. Por lo mismo, se considera que este derecho fundamental es uno de los pilares que caracteriza el modelo de Estado Social de Derecho⁴⁶.

No obstante lo anterior, se debe recalcar que los derechos fundamentales no son absolutos, irrestrictos ni ilimitados, pues un ejercicio desmedido de estos puede invadir y afectar la materialización de otros derechos. Por esta razón, para el caso del acceso a la administración de justicia, la Constitución prevé que, en ciertas ocasiones, se limite el ejercicio de este derecho mediante: **(i)** las restricciones al principio de doble instancia, **(ii)** la limitación de ciertos recursos en razón de la cuantía (como ocurre en los procesos de casación), **(iii)** la necesidad de actuar mediante apoderado judicial y el establecimiento de aranceles para el acceso al servicio de justicia. En esta medida, se evidencia que aun tratándose de un derecho fundamental tan esencial como lo es el acceso a la administración de justicia existen limitaciones a su ejercicio⁴⁷.

Ahora bien, el abuso del derecho a litigar en Colombia encuentra su sustento jurídico en el principio romano *male enim nostro jure uti non debemus*, que se traduce como “no debemos usar mal nuestro derecho”. Este principio fue regulado en la Constitución Política de Colombia, específicamente en el numeral 1 del artículo 95, que establece:

“Artículo 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.

Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

44 Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/T-452-22.htm>

45 Constitución Política de Colombia artículo 229

46 Corte Constitucional, Sentencia T-799 de 2011. Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

47 Corte Constitucional, Sentencia T-452 de 2022. Magistrada Ponente Diana Fajardo Rivera.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;

(...)”

Esta obligación de no abusar de los derechos propios, que en realidad se enmarca en la teoría general del abuso del derecho, ha sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

“La teoría del abuso del derecho, que en esencia, asigna a aquel que ejerce sus propios derechos en forma desbordada o desviada respecto de la finalidad que el ordenamiento jurídico reconoce para ellos teniendo presentes los principios y valores que los inspiran, el deber de reparar los daños que con su comportamiento hubiese causado”⁴⁸.

Como consecuencia, no solo se castiga el ejercicio desbordado o desviado de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, sino que, de comprobarse dicho abuso, se genera una obligación en cabeza del accionante de reparar los daños causados.

Ahora bien, existen varios escenarios en los cuales la Corte Suprema de Justicia ha determinado que se constituye un abuso del derecho a litigar. Entre estos se encuentran la interposición de una acción temeraria, la formulación de una denuncia penal sin fundamento, y el desistimiento de un proceso inesperadamente para evitar un inminente fallo adverso que pudiera favorecer a la contraparte.

Teniendo en cuenta lo anterior, para comprobar que una persona efectivamente está abusando de su derecho a litigar y por ende del acceso a la administración de justicia, se deben corroborar los siguientes elementos (no copulativos): **(i)** la temeridad, **(ii)** la mala fe, **(iii)** la negligencia, o **(iv)** la intención dañina⁴⁹. De acreditarse uno de estos, se puede concluir que se ha configurado un uso malintencionado, imprudente y excesivo del aparato jurisdiccional, e incluso podría nacer una obligación de indemnizar, por parte de quien acudió a la jurisdicción, los daños que se causó a la parte demandada.

Habiendo esbozado los elementos constitutivos del abuso del derecho a litigar, es preciso ahondar en la figura del acoso judicial como una expresión de este capaz de limitar la libertad de expresión.

A pesar de que sabemos que en Colombia se han iniciado diversas acciones en las que se alega el abuso del derecho a litigar o el acoso judicial, y que desafortunadamente se encuentran en los anaqueles de diferentes despachos judiciales del país, hasta donde tenemos conocimiento esta figura solo ha sido analizada de manera sustancial en una oportunidad, esta es, la Sentencia T-452 de 2022.

Mediante esta resolución, la Corte Constitucional revocó las sentencias proferidas en primera instancia por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bogotá el 4 de marzo de 2021, que declaró improcedente la acción de tutela presentada por el señor Ciro Alfonso Guerra Picón, y, en sede de impugnación, por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá el 26 de abril de 2021, que concedió el amparo incoado. En su lugar, la Corte negó la protección solicitada por el señor Guerra Picón en contra de las periodistas Catalina Ruiz-Navarro y Matilde de los Milagros Londoño (ambas directoras del medio de publicidad *Volcánicas*), por

48 Corte Suprema de Justicia Sentencia SC1066-2021. Radicado No. 23001-31-03-002-2016-00219-01

49 Ibid.

considerar que la publicación del reportaje “Ocho denuncias de acoso y abuso sexual contra Ciro Guerra” del 24 de junio de 2020, así como las declaraciones de las periodistas en diferentes medios de comunicación, desconocían sus derechos fundamentales al buen nombre, honra y presunción de inocencia.

En esta sentencia, la Corte Constitucional reconoce la figura del abuso del derecho y determina que puede configurarse cuando una persona “*activa el ejercicio de la justicia, no con el propósito de obtener la protección de un derecho o de alcanzar una solución estable a un conflicto, sino con fines distintos, tales como obstaculizar el ejercicio de la administración de justicia o evitar las acciones legítimas de otros asociados y las autoridades*”⁵⁰. Dichas actuaciones las califica como temerarias y constitutivas del abuso del derecho tal como lo reconoció también la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SC1066-2021 previamente referida.

Luego, la Corte identifica los elementos constitutivos del acoso judicial y establece que este se podrá corroborar cuando: **(i)** el accionante acude a la justicia para silenciar las acusaciones o expresiones de la contraparte, **(ii)** el accionante cuenta con recursos económicos extensos para contratar los servicios de abogados y sufragar los costos propios que supone el acceso a la justicia, **(iii)** se evidencia un desequilibrio de poder entre las partes litigantes, o cuando **(iv)** el accionante formula pretensiones desproporcionadas e imposibles de atender por la contraparte (específicamente, cuando solicita indemnizaciones millonarias)⁵¹.

Al respecto, la Corte aclara que el acoso judicial no se limita a la formulación de pretensiones indemnizatorias elevadas o a la solicitud de una pena privativa de la libertad por calumnia e injuria. En efecto, el acoso judicial también puede tener implicaciones sustanciales, tales como el hecho de llevar a una persona a un litigio, que supone la necesidad de incurrir en gastos para la asesoría legal y asumir gastos procesales. Asimismo, la Corte señala que el acoso judicial implica un mensaje de advertencia a otros ciudadanos o personas, referente a la necesidad de guardar silencio sobre el asunto en discusión, consecuencia que la Corte denomina “efecto silenciador” o *chilling effect*.

Así, la Corte Constitucional, siguiendo la misma línea que la Corte Suprema de Justicia, identifica la figura del acoso judicial como una forma de abuso del derecho a litigar que se opone al ejercicio de la libertad de expresión y que a su vez genera un efecto silenciador.

A modo de ejemplo, la Corte Constitucional se refiere a la Sentencia C-135 de 2021, analizando si la presunción legal de culpa establecida en el artículo 55 de la Ley 29 de 1944 vulnera la libertad de expresión, el debido proceso, la actividad periodística y el acceso a documentación pública. Este artículo establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 55.- Independientemente de la responsabilidad penal a que se refieren los artículos anteriores, todo el que por cualquier medio eficaz para divulgar el pensamiento, por medio de la imprenta, de la radiodifusión o del cinematógrafo, cause daño a otro estará obligado a indemnizarlo, salvo que demuestre que no incurrió en culpa”.

Al respecto, la Corte concluyó que la presunción de culpa para las personas que en ejercicio de su derecho a la libertad de expresión compartieran una opinión o contenido de manera pública, podría generar un incentivo para los *pleitos estratégicos contra la participación pública*. Lo anterior, en el tendido de que los recursos jurisdiccionales serían empleados para la intimidación, con la única intención de silenciar las críticas a través de incursión en altos gastos para asesoría legal. Como consecuencia de

50 Corte Constitucional. Sentencia T-452 de 2022. Magistrada Ponente Diana Fajardo Rivera.

51 Ibid.

esto, el efecto consiste en que las personas, al ver que la publicación de un contenido o una opinión puede generar estas altas repercusiones económicas, no publicarán contenido de controversia social ante la posibilidad de ser demandados y la necesidad de desvirtuar la presunción de culpa⁵².

La Corte concluye este estándar jurídico del acoso judicial señalando que si bien el derecho al acceso a la administración de justicia es un derecho fundamental de suma importancia, es importante tener en cuenta que todos los derechos admiten restricciones en el marco de la libertad de expresión. Esto, especialmente cuando una persona acude a la justicia para silenciar acusaciones, cuando se genere la necesidad de invertir económicamente en asistencia legal, cuando se evidencia un desequilibrio de poder entre las partes, y cuando se formulan pretensiones indemnizatorias desproporcionadas. Así, en estos supuestos se puede concluir que el accionante *“está abusando de su derecho usando el acceso a la justicia como un mecanismo de acoso y no de búsqueda de materialización de sus derechos”*⁵³.

Dicho esto, es claro que para la jurisdicción colombiana el acoso judicial es una manifestación del abuso del derecho a litigar que se deriva del abuso del derecho de acceso a la administración de justicia. De este modo, aunque la Corte Constitucional no lo haya determinado así en la Sentencia T-452 de 2022, es claro que puede dar lugar a una responsabilidad extrapatrimonial si se sigue la línea argumentativa presentada por la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SC1066-2021, pues al constituirse un acoso judicial necesariamente se configurarían los elementos propios de la responsabilidad, a saber: (i) la temeridad, (ii) la mala fe, (iii) la negligencia o (iv) la intención dañina, y por ende, (i) la existencia de una conducta antijurídica (ii) el perjuicio sufrido, y (iii) el nexo causal entre el proceso judicial iniciado y el daño generado⁵⁴.

Finalmente, cabe señalar que en Colombia actualmente se está tramitando un Proyecto de Ley que busca introducir disposiciones “Anti-SLAPP”, que hace referencia al concepto de Litigio Estratégico Contra la Participación Pública (*Strategic Lawsuit Against Public Participation*, por sus siglas en inglés), concepto directamente relacionado con los *Pleitos Estratégicos contra la Participación Pública* que definió la Corte Constitucional en Sentencia C-135 de 2021. Mediante este Proyecto de Ley, los periodistas podrán denunciar, a través de tutelas, cuando sean intimidados por personas que deseen impedir la publicación de una opinión o contenido de manera pública. Así, la intención es que, en el marco del ejercicio pleno de los derechos fundamentales, se erradique el acoso judicial y se proteja el derecho a la libertad de expresión, al derecho a la información veraz y objetiva y se dé un adecuado funcionamiento al sistema judicial en Colombia⁵⁵.

III. CONCLUSIONES: ELEMENTOS DIFERENCIALES Y PUNTOS DE CONTACTO ENTRE LAS FIGURAS

Una vez esgrimidos los elementos constitutivos y algunas aplicaciones jurisprudenciales y doctrinales de las diferentes manifestaciones del abuso del derecho a litigar en la jurisdicción estadounidense, peruana, argentina, española y colombiana, es preciso resaltar algunos elementos diferenciales y algunos puntos de contacto para poder tener un panorama general de esta figura y poder arrojar varias conclusiones al respecto.

52 Corte Constitucional. Sentencia C-135 de 2021. Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado.

53 Ibid.

54 Ibid.

55 Exposición de Motivos Proyecto de Ley No. 090 de 2021.

En Estados Unidos, en el Perú y en España el abuso del derecho a litigar que se manifiesta como el "*sham litigation*", el "litigio predatorio", y la "litigación abusiva", respectivamente, se circunscribe en una práctica anticompetitiva. En cambio, en Colombia el acoso judicial únicamente se ha tratado como una obstaculización de la libertad de expresión y, en Argentina, como un abuso de las instancias procesales.

Para el caso de Colombia y Argentina, esta diferencia no es menor, pues esto indica que en estas jurisdicciones no se ha analizado la posibilidad de que un agente de mercado con participación latente pueda mantener o incluso incrementar su posición de dominio a través de un uso ilegítimo del derecho de acceso a la administración de justicia. En este punto manifestamos nuestra preocupación, pues las acciones temerarias como mecanismo eficaz para afectar las relaciones comerciales de competidores no ha ameritado la adecuada atención de las autoridades, quienes a pesar de haber recibido tales demandas y tenerlas para trámite, han preferido no ahondar en el análisis de este mecanismo que claramente afecta las condiciones de participación o acceso al mercado. Lo anterior, con el agravante de que tales acciones usualmente corresponden a sectores en los cuales hay operadores dominantes, o por lo menos con altas participaciones de mercado (o, peor aún, se trata de conductas sistemáticas de actores en mercados oligopólicos).

De igual manera, el hecho de que en Colombia y Argentina no se haya considerado el abuso del derecho a litigar como una repercusión anticompetitiva, quiere decir que tampoco se ha tenido en cuenta las consecuencias monetarias para los demandados, los cuales pueden estar luchando entre competir en el mercado y defenderse de acciones judiciales y/o administrativas fraudulentas y sin fundamento legítimo.

La preocupación mencionada encuentra sustento en el hecho de que ya se han evidenciado casos en Colombia en los cuales la misma Superintendencia de Industria y Comercio ha analizado situaciones en las que se han discutido algunos elementos del *sham litigation*, litigio predatorio e incluso litigación abusiva en temas de Propiedad Intelectual. Específicamente, este fue el caso de TECNOQUIMICAS S.A. (TECNOQUIMICAS) contra ACTELION PHARMACEUTICALS LTD. (ACTELION), tramitado ante la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de dicha entidad.

En este caso, ACTELION, como titular de una patente, remitió una comunicación a TECNOQUIMICAS solicitándole informar el propósito de la importación de un principio activo hacia Colombia, en la medida que dicho principio se encontraba relacionado con una de las patentes de formulación de ACTELION.

Al respecto, TECNOQUIMICAS dio respuesta a ACTELION manifestando que la comunicación era intimidatoria, al presuntamente incluir una serie de amenazas que además no encontraban sustento legal alguno pues, en su opinión, ACTELION no ostentaba los derechos que pretendía ejercer. Por ende, solicitaba que ACTELION cesara los actos intimidatorios que, a su criterio, estaban encaminados a restringir la libre competencia.

En este sentido, TECNOQUIMICAS solicitó ante la Superintendencia de Industria y Comercio que se declarara la comisión de un acto de competencia desleal por la violación de la cláusula de prohibición general, ya que las reclamaciones formuladas en la carta remitida el 18 de agosto de 2020 constituían, según el actor, actos de presión, intimidación y acoso.

Al respecto, la Superintendencia determinó que no era procedente un proceso por competencia desleal en este caso, en vista de que escapaba el ámbito de aplicación de la Ley 256 de 1996. Esto pues la remisión de esta comunicación no tenía el propósito de impedir el acceso al mercado de la compañía genérica, sino más

bien determinar si aquella estaba realizando actos que pudieran llegar a afectar el derecho de patente de ACTELION, siendo este un propósito legítimo protegido por el ordenamiento jurídico colombiano.

Frente a este caso, es preciso hacer varias apreciaciones. En primer lugar, aunque las actuaciones de ACTELION no se dieron en el marco de un proceso judicial (pues esta sociedad nunca promovió una demanda por infracción de patente), podría decirse que las alegaciones de TECNOQUÍMICAS sí encuentran semejanzas con las figuras del *sham litigation*, litigio predatorio o litigación abusiva. Esto pues, en ellas, se discutió la posibilidad de que las pretensiones incluidas en la Carta remitida el 18 de agosto de 2020 carecieran de fundamento legal y la posibilidad de que ACTELION pretendiera que TECNOQUÍMICAS se abstuviera de participar en el mercado, siendo aquellos elementos coincidentes con las características esenciales de las figuras mencionadas. En tal sentido, aunque en el caso concreto no se demostró ninguna de esas situaciones, es claro que de haberse demostrado y declarado por la autoridad judicial, ese precedente podría haber sido concebido como una manifestación del abuso del derecho a litigar y, por ende, como un litigio predatorio.

No obstante lo anterior, la Superintendencia fue muy clara y acertada en su decisión, al concluir que no era procedente un proceso por competencia desleal al escapar al ámbito de aplicación de la Ley 256 de 1996. Sin embargo, este tipo de situaciones pueden abrir las puertas para que en países como Colombia y Argentina, cuando se presenten casos en donde sí se acredita una intención predatoria y anticompetitiva por parte de un agente de mercado, esta actuación no se enmarque únicamente en un abuso de las instancias procesales ni como una obstaculización del derecho a la libre expresión, sino como una conducta que tiene repercusiones económicas en el mercado y que bien puede llegar a afectar a los consumidores finales.

a. Puntos de contacto:

Tras realizar un análisis de los elementos constitutivos de cada manifestación del abuso al derecho de litigar, se puede concluir que existe un consenso en los presupuestos para la acreditación del *sham litigation*, del litigio predatorio, del abuso procesal y la litigación abusiva e incluso el acoso judicial en Colombia.

En Estados Unidos, el "*sham litigation*" se acredita cuando la demanda carece objetivamente de fundamento legal, y cuando la acción promovida oculta una intención de afectar las relaciones comerciales de un competidor. Por su parte, en el Perú, para demostrar la existencia de un "litigio predatorio", se debe probar el uso reiterado de acciones legales contra competidores y la utilización abusiva de dichas acciones.

En el caso de Argentina, el "abuso procesal" se acredita cuando se evidencia una contrariedad con los fines de la norma, sin fundamento aparente, y cuando se verifica un perjuicio injusto causado a otro sujeto. Por el lado de España, se está ante una "litigación abusiva" cuando se demuestra que el accionante ejerció su derecho de acción de manera tal que extralimitó sus finalidades otorgadas por el ordenamiento jurídico y cuando acude a la jurisdicción sin *iusta causa litigandi*.

Finalmente, en Colombia la figura de "acoso judicial" se demuestra cuando el accionante acude a la justicia para silenciar las acusaciones o expresiones de la contraparte, o bien, cuando el accionante formula pretensiones desproporcionadas e imposibles de atender por la contraparte (específicamente, cuando solicita indemnizaciones millonarias).

De este modo, lo cierto es que se identifica un elemento transversal en las diferentes manifestaciones del abuso del derecho a litigar en las cinco jurisdicciones revisadas en este artículo. Este elemento es la activación

del aparato jurisdiccional extralimitando el derecho constitucional de acceso a la administración, mediante la interposición de pretensiones sin fundamento legal legítimo y en ocasiones desproporcionadas, con una intención clara de afectar a la contraparte o dilatar el proceso.

En este sentido, mediante este artículo trae a colación las diferentes autoridades que han tenido y actualmente tienen bajo análisis diversas acciones en las cuales se invoca el abuso del derecho a litigar como práctica anticompetitiva, con el objeto de invitar a una discusión académica sobre esta práctica y sus consecuencias en el mercado y el ordenamiento jurídico.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Mauricio Jaramillo Campuzano y Valentina Manrique Gómez, "Del *Sham Litigation* en EE.UU. al acoso judicial en Colombia: análisis jurisprudencial del abuso del litigio", *Investigaciones CeCo* (mayo, 2023),
<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile