

Universidad San Francisco de Quito

Colegio de Jurisprudencia

Análisis comparado del uso de recursos judiciales y administrativos con la finalidad de impedir la entrada de un nuevo competidor en el mercado relevante con base a un derecho de patente

Carolina Nardelia Ortiz Espinoza
David Sperber, Dr., Director de tesis

Tesis de grado como requisito para la obtención de título de abogada

Quito, octubre de 2012

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

“Análisis comparado del uso de recursos judiciales y administrativos con la finalidad de impedir la entrada de un nuevo competidor en el mercado relevante con base a un derecho de patente”

Carolina Ortiz Espinoza

Dr. Vladimir Villalba
Presidente del Tribunal e Informante

Dr. David Sperber
Director de Tesis

Dra. Sophia Espinosa
Delegado del Decano e Informante

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia



.....
.....
.....
.....

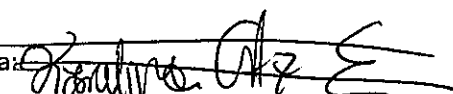
Quito, 9 de Enero de 2013

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art.144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:



Nombre: Carolina Ortiz Espinoza

C.I.: 1600401226

Fecha: 17 de Enero del 2013

Acta de Grado

En la Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, tuvo lugar la Defensa Oral del Ensayo Jurídico intitulado "Análisis comparado del uso de recursos judiciales y administrativos con la finalidad de impedir la entrada de un nuevo competidor en el mercado relevante con base a un derecho de patente", presentado por la estudiante, señorita Carolina Ortiz Espinoza previo a la obtención del título de Abogada.

Para tal efecto, el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, conformó el Tribunal de Grado, con los siguientes profesores:

Señor Doctor Vladimir Villalba, Presidente del Tribunal e Informante del Ensayo Jurídico;

Señor Doctor David Sperber, Director del Ensayo Jurídico;

Señora Doctora, Sophia Espinosa Coloma Delegada del Decano e Informante del Ensayo Jurídico.

El grado se instauró con la presencia física del Presidente e informante y el Director del ensayo jurídico; y, vía teleconferencia con la Delegada del Decano e informante del ensayo jurídico, quien autoriza a firmar en su nombre a la Coordinadora Académica del Colegio de Jurisprudencia de la USFQ, Michelle Marie Anderson.


El Tribunal, después de haber examinado al estudiante por espacio de una hora, le asignó a la Defensa Oral la calificación de 92.33/100, la que promediada con la obtenida en el trabajo escrito de 91/100, da la nota final de Grado de 91.66/100, equivalente a "A" la que se promediará con las notas obtenidas durante la carrera.

Para constancia firman el presente instrumento, en el Campus de Cumbayá de la Universidad San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy, miércoles 9 de enero de 2013.


Dr. Vladimir Villalba
Presidente del Tribunal


Dr. David Sperber
Director del Ensayo Jurídico

x. 
Dra. Sophia Espinosa Coloma
Delegada del Decano


Srta. Carolina Ortiz Espinoza

*A Dios, mi esposo y mi familia por
ser el centro de mi vida y mi
motivación mas grande.*

Abstract

The right of petition is considered as one of the most important freedoms of the human being. The possibilities to restrict this right are almost null. Nevertheless, there is another fundamental right that requires to be protected, the freedom of competition. When these two fundamental rights clash in a line where it is of extreme complexity to determine which one should prevail, we must turn into a system of verification that allows to define whether the right of petition has been duly exercised, or it has been used as a mere sham, to cover what is no more than an intention to interfere in the economic market.

Resumen

El derecho de petición se considera como una de las libertades más importantes del ser humano. Es así que las posibilidades de limitar este derecho son casi nulas. Sin embargo existe otro derecho fundamental que debe ser protegido: la libertad de competencia. Cuando estos dos derechos chocan en un punto de extrema complejidad, para distinguir cual debería prevalecer debemos volcarnos al un sistema de verificación que permita definir si el derecho de petición ha sido correctamente ejercido, o si ha sido usado como una pantalla para ocultar lo que no es otra cosa que la intención de interferir en el mercado.

Tabla de Contenidos

INTRODUCCIÓN	1
I. Naturaleza de la conducta de abuso de derecho mediante uso de recursos judiciales y administrativos	4
A. Origen de la conducta en materia de competencia.....	5
B. Visión estadounidense de la naturaleza del uso de recursos judiciales y administrativos como práctica anticompetitiva.....	8
C. Visión Latinoamericana de la naturaleza del uso de recursos judiciales y administrativos como práctica anticompetitiva.....	12
D. Visión europea de la naturaleza del uso de recursos judiciales y administrativos como practica anticompetitiva	15
II. El abuso de recursos judiciales y administrativos en materia de competencia como límite al ejercicio del derecho de petición.....	17
A. El derecho Constitucional de petición y la tutela efectiva.....	18
B. Requisitos para que el uso de recursos judiciales y administrativos constituya una práctica contraria a la libre competencia	24
1. Contextualización de la conducta en materia de competencia.....	25
2. Requisitos para determinar que existe abuso de recursos judiciales y administrativos en materia de competencia.....	30
a. Que el recurso accionado por el operador económico carezca de fundamento	30
b. Que el operador económico haya actuado con la finalidad de interferir en los negocios de su competidor	33
C. El rol del Derecho Administrativo Sancionador	38
III. Análisis jurisprudencial del uso de recursos judiciales y administrativos como práctica anticompetitiva en un mercado relevante con base a un derecho patente	41
A. Análisis del origen jurisprudencial de <i>Sham Litigation</i>	42

1. La Doctrina Noerr Pennington	43
a. Eastern Railroad Presidents Conference (ERPC) v. Noerr Motor Freight.....	43
b. United Mine Workers v. Pennington.....	46
2. La excepción a Doctrina Noerr-Pennington: California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited	48
B. Análisis de jurisprudencia Estadounidense y Europea	51
1. Estados Unidos: CSU LLC v Xerox Corporation	51
2. Europa: ITT Promedia NV contra Comisión de las Comunidades Europeas..	55
3. AstraZeneca vs Comisión Europea.....	61
C. Análisis de de Sham Litigation en un mercado relevante con base a un derecho de patente. Su aplicación en la Latinoamérica: el caso de Ecuador	64
1. Conceptualización del derecho de patente	64
2. Jurisprudencia Ecuatoriana.....	71
a. Acromax Laboratorio Químico Farmacéutico S.A y Pfizer Ireland Pharmaceuticals.....	71
b. Resolución del Ministerio de Industrias y Productividad No. MIPRO-001-2011 el Caso Pfizer.....	75
c. Resolución del Ministerio de Industrias y Productividad No. MIPRO-003-2011 Susej S.A. vs Eli Lilly Interamerica Inc.....	85
CONCLUSIONES	98
Bibliografía y referencias.....	101
Jurisprudencia	105
Plexo Normativo	106
Tablas.....	106

INTRODUCCIÓN

El Derecho de Competencia representa para los Estados no únicamente un indicador de desarrollo, sino la fiel representación del Estado como ente garantizador de protección del bien jurídico: la libertad de competencia. En el caso específico de Ecuador, la importancia de este derecho se vio desestimada durante varios años. Resulta sumamente sorprendente que en esta era de globalización e interdependencia compleja, Ecuador haya sido uno de los pocos países que no cuente con legislación nacional en Derecho de Competencia. En efecto, no fue sino hasta el 13 de octubre del 2011 que se publicó en el Registro Oficial No. 555 la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM); cuyo Reglamento se expidió posteriormente mediante Decreto Ejecutivo 1152, publicado en el Registro Oficial No. 697 de 07 de mayo del 2012.

Al respecto debemos mencionar que en cuanto concierne al tema a tratarse en esta obra: el abuso de recursos judiciales y administrativos con la finalidad de impedir la entrada de un nuevo competidor en el mercado relevante con base en un derecho de patente; si bien es cierto que no se contaba con una legislación nacional propia de Derecho de Competencia, a nivel de normativa comunitaria se publicó en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (G.O.A.C) la Decisión 285¹ que contiene las normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia. Posteriormente se publicó la Decisión del Acuerdo de Cartagena 486² que abarca el Régimen Común sobre Propiedad Industrial donde se destacan algunas normas pertinentes con el tema de análisis, en especial el derecho de patente y las medidas cautelares .

Asimismo, se adopta la Decisión del Acuerdo de Cartagena 608³, y prevé la normativa para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad

¹ G.O.A.C. Año VIII Número 80 del 04 de abril de 1991.

² G.O.A.C. Año XVII Número 600 del 19 de septiembre del 2000.

³ G.O.A.C. Año XXII Número 1180 del 4 de abril de 2005.

Andina. Bajo este escenario, no existía en nuestro país una autoridad específica que dé cumplimiento y haga cumplir estas normas. En virtud de la Decisión del Acuerdo de Cartagena 616⁴, mediante Decreto Ejecutivo No. 1614⁵, se designa como autoridad de aplicación de la Decisión 608 al Ministerio de Industrias y Productividad; y como autoridad investigadora a la Subsecretaria de Competencia. Estas dos autoridades han resuelto dos casos sobre el abuso de recursos judiciales y administrativos en materia de Competencia hasta la presente: el caso *MIPRO-001-2011* y el caso *MIPRO-003-2011*. Sin embargo, cabe mencionar que sobre este tipo de conducta ya existió un pronunciamiento constitucional que fue expresado en la *Sentencia N.º 024-09-SEP-CC*⁶ de 2009.

Considerando la importancia así como la novedad que caracteriza a este Derecho en nuestro país, el problema esencial que se plantea en este trabajo se resume a la siguiente pregunta: ¿Constituye la libre competencia un bien jurídico a proteger capaz de sobreponerse al derecho de petición? La hipótesis que se plantea radica en que la libre competencia es un bien jurídico capaz de sobreponerse al derecho de petición, cuando éste último es utilizado de manera abusiva y por tanto ilegal.

Con la finalidad de responder esta pregunta, el presente trabajo se ha dividido en tres partes: I. La naturaleza de la conducta de abuso de derecho mediante uso de recursos judiciales y administrativos. II. El abuso de recursos judiciales y administrativos en materia de competencia como limite al ejercicio del derecho de petición y III. El análisis jurisprudencial del uso de recursos judiciales y administrativos como práctica anticompetitiva en un mercado relevante con base a un derecho patente⁷.

⁴ G.O.A.C. Año XXII Número 1221 del 25 de julio de 2005.

⁵ D.E. 1614. publicado en el Registro Oficial No. 558 de 27 de marzo de 2009.

⁶ Sentencia del 29 de septiembre de 2009, publicada en el Registro Oficial Suplemento 47 de 15 de octubre de 2009.

⁷ El presente trabajo tiene un enfoque exclusivo desde el Derecho de Competencia, por lo cual aquello que antaño a propiedad industrial no será materia de análisis para la investigación, ya que se presume válida la patente desde la propiedad industrial.

En lo correspondiente al primer capítulo sobre la naturaleza de la conducta de abuso de derecho mediante uso de recursos judiciales y administrativos, se elaborará en primer orden un análisis con la finalidad de determinar el origen de la conducta en materia de competencia. Una vez definido, se analizarán tres visiones en el derecho comparado sobre la naturaleza del uso de recursos judiciales y administrativos como práctica anticompetitiva, siendo estas: la visión estadounidense, la latinoamericana y la europea.

En lo que corresponde al capítulo II sobre el abuso de recursos judiciales y administrativos en materia de competencia como límite al ejercicio del derecho de petición; en primer orden se analizará la importancia y el carácter especial con el que se debe tratar al derecho constitucional de petición y la tutela efectiva.

Una vez delimitado lo anterior, se establecerá la hipótesis bajo la cual este derecho de tanta importancia puede verse limitado cuando constituye una práctica contraria a la libre competencia. Sobre este respecto se establecerá la contextualización de la conducta en materia de competencia. Una vez configurado el escenario de la conducta abusiva se procederá con el análisis de los requisitos necesarios para verificar tal abuso. Finalmente, en lo que respecta a este capítulo, se estudiará el rol del Derecho Administrativo sancionador en esta materia con particular enfoque en lo prescrito por la actual legislación de competencia.

El tercer capítulo, que versa sobre el análisis jurisprudencial del uso de recursos judiciales y administrativos como práctica anticompetitiva en un mercado relevante con base a un derecho patente; ha sido dividido en tres secciones. En la primera sección se elabora un análisis del origen jurisprudencial de Sham Litigation⁸, por lo se estudia la incidencia de la Doctrina *Noerr Pennington* configurada por los casos *Eastern Railroad Presidents Conference (ERPC) v. Noerr Motor Freight, Inc.*; y, *United Mine Workers v. Pennington*; y la formación de la excepción a Doctrina *Noerr-Pennington*, donde se analiza el caso *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*.

⁸ En el presente trabajo, el término Sham Litigation, Vexatious Litigation y abuso de recursos judiciales y administrativos, serán utilizados como sinónimos.

En la segunda sección de este capítulo se estudia la jurisprudencia estadounidense y europea, donde se analiza el caso CSU LLC v Xerox Corporation e ITT Promedia NV contra Comisión de las Comunidades Europeas, respectivamente.

La última sección de este capítulo está dedicada al análisis de *Sham Litigation* en un mercado relevante con base a un derecho patente y su aplicación en la Latinoamérica y allí se analiza específicamente el caso de Ecuador. En el desarrollo de esta sección se incluye la conceptualización del derecho del patente, el análisis del dictamen constitucional en el caso Acromax Laboratorio Químico Farmacéutico S.A y Pfizer Ireland Pharmaceuticals así como los dictámenes del Ministerio de Industrias y Productividad en el caso No. MIPRO-001-2011 el Caso Pfizer, y; en el caso No. MIPRO-003-2011 Susej S.A. vs Eli Lilly Interamerica Inc.

Finalmente, a través, del análisis en derecho comparado se demostrará que los criterios vertidos sobre esta conducta son aplicables a Ecuador. Adicionalmente, se verificará de manera afirmativa la respuesta a la pregunta planeada sobre si la libre competencia es un bien jurídico a proteger capaz de sobreponerse al derecho de petición cuando este último ha sido usado de manera abusiva y por tanto ilegal.

I. Naturaleza de la conducta de abuso de derecho mediante uso de recursos judiciales y administrativos

El Derecho de Competencia, se caracteriza por ser un Derecho relativamente nuevo respecto de otras ramas del Derecho. Algo que destaca al Derecho de Competencia es que éste se encuentra íntimamente relacionado con el desarrollo de la economía de mercado. [...] ⁹. Este Derecho concibe como bien jurídico la competencia, de ahí que su misión principal gire en torno a su defensa, garantía y protección. Respecto de este tema Pinkas Flint Blanck manifiesta:

Este derecho asume que la competencia debe ser defendida y que como bien jurídico no puede dejarse al libre albedrío de los agentes económicos. Igualmente que

⁹ Pinkas Flint Blanck. *Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del D.L. 701*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002 p. 23.

el mercado carece de mecanismos de autorregulación que impidan distorsiones por conductas anticompetitivas y que en esos casos el Estado debe intervenir como árbitro con reglas claras y transparentes¹⁰.

Una de las conductas que ataca este bien jurídico protegido y que contraviene el derecho a la libre competencia, es el uso de recursos judiciales y administrativos para impedir la entrada de un competidor a un mercado relevante. Bullard y Falla se expresaron al respecto en el *Boletín Latinoamericano de Competencia*:

Una de las formas más efectivas y perniciosas de crear o mantener una posición de dominio en el mercado, es a través de la utilización del propio Estado, es decir, mediante la manipulación de procesos a cargo de autoridades judiciales o administrativas. En efecto, un mecanismo eficaz para lograr la exclusión de los competidores del mercado o, simplemente, para retardar su ingreso, es la utilización indebida de los procedimientos administrativos, judiciales o regulatorios¹¹.

Esta conducta de abuso de derecho mediante uso de recursos judiciales y administrativos es una conducta de naturaleza compleja en tanto que se desenvuelve en distintas esferas; económica, comercial, de competencia, constitucional, administrativa y judicial. En esta sección se analizará en primer orden el origen de esta conducta para luego pasar a realizar un análisis comparado de la naturaleza de la misma en distintas zonas geográficas esto es: Estados Unidos de Norteamérica, Latinoamérica y Europa. Esta visión panorámica de la conducta, permitirá establecer los estándares y lineamientos generales que gobiernan en cada una de estas jurisdicciones el momento de considerarla como un abuso.

A. Origen de la conducta en materia de competencia

La conducta de “abuso de derecho mediante el uso de recursos judiciales y administrativos”, remite su origen básicamente al espectro comercial – negocial, toda vez que el objetivo esencial de esta práctica es interferir en los negocios de su competidor para obtener beneficios de ello. Es a raíz del desarrollo comercial de un operador económico que tomarán lugar múltiples conductas con motivo de eliminar a

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ Alfredo Bullard y Alejandro Falla. "El abogado del Diablo": El abuso de Procesos Legales o Gubernamentales como Practica Anticompetitiva." *Boletín Latinoamericano de Competencia* (2006), p. 46.

un competidor en un mercado relevante. En materia de libre competencia esta conducta encuentra su origen en el ámbito económico; sin embargo, debe subrayarse que es precisamente esta faceta la que accionó el aparataje estatal y desarrolló un marco jurídico de tipo jurisprudencial y posteriormente legal para defender el bien jurídico protegido: la libre competencia. En este mismo sentido debe mencionarse que ésta conducta es categorizada como un tipo de abuso de poder de mercado o abuso de posición dominante¹².

El abuso de poder de mercado es una conducta que el Derecho de Competencia combate para defender las reglas de una economía de mercado¹³. Esta conducta implica que un operador económico que se encuentra con una posición más favorable en determinado mercado, desarrolle distintas actividades ilegítimas o legales, cuyo efecto sea ilegal, con la finalidad de mantenerse en esa posición o de excluir a cualquier competidor.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD), define al poder de mercado como la capacidad que tiene un operador económico o un grupo de operadores económicos para mantener o elevar los precios por encima del nivel que prevalecería en condiciones de competencia¹⁴. Sin embargo, como se verá posteriormente en el análisis jurisprudencial, esta definición no siempre es considerada toda vez que depende en gran manera del caso concreto de aplicación. En efecto, en algunos casos el poder de mercado se determina en virtud de otras circunstancias que no incluyen necesariamente el mantener o elevar precios..

Al respecto es importante subrayar que para que esta conducta se configure, no basta únicamente con que el operador ostente una posición dominante; es necesario que a partir de esta posición dominante actúe en contra del derecho de competencia. En lo

¹² En el presente trabajo, más allá del debate doctrinario entre los términos poder de mercado y posición dominante estos se utilizaran como sinónimos.

¹³ Paolo Buccirossi. *Handbook of Antitrust Economics*. Cambridge: MIT Press, 2008, p. 415.

¹⁴ OECD. Glossary of Statistical Terms. <http://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3269> (acceso: 29/01/2012).

correspondiente al primer punto para configurar esta conducta Girón cita un Memorándum de la Comisión Europea que expone:

El problema de la concentración (de empresas) en el mercado común” señalaba que “el dominio del mercado no se puede definir únicamente a partir del sector de mercado que controle una empresa o de otros elementos cuantitativos de una estructura de un mercado determinado. Es, en primer lugar, un poder económico, es decir la facultad que tiene la empresa dominante de ejercer una influencia notable y, en principio, previsible en el funcionamiento del mercado¹⁵.

Continuando con la configuración de esta conducta un operador económico, puede ostentar una posición de dominio en el mercado, sin que la misma pueda resultar anticompetitiva; esto ocurre cuando la misma ha sido obtenida por medios legales y legítimos. En este sentido el informe de la CEPAL manifiesta sobre el poder de mercado:

Es una práctica comercial considerada normalmente como anticompetitiva en la cual se involucra una firma dominante con el objetivo de mantener o incrementar su posición en el mercado [...]. Dada tal definición, bastaría observar el nivel de competencia que muestra la industria y en caso de observar niveles de concentración altos, condenar a la firma resultante. Sin embargo, tal situación no resulta condenable por sí misma: una firma puede alcanzar una posición de dominio en mercado a partir de métodos perfectamente legítimos [...]. Esto nos lleva a observar que lo condenable no es la posición/participación en el mercado que detenta una empresa, sino el abuso que dicha posición realiza la misma.¹⁶

Una vez que se ha determinado la conceptualización de la categoría de abuso de poder de mercado, es procedente analizar la conducta de abuso de derecho mediante uso de recursos judiciales y administrativos en el marco de Derecho de Competencia; conducta que es calificada como una práctica abusiva y se distingue por cuanto los métodos que utiliza son menos identificables y busca impedir la entrada de un competidor a un mercado o a su vez de excluirlo.

Para analizar esta conducta es necesario subrayar que ésta es tratada con distintos enfoques en las tres jurisdicciones materia de estudio. En lo que concierne a la

¹⁵ José Giron. *La Unión Europea, la Comunidad Europea y el Derecho comunitario*. Sevilla: Universidad de Sevilla Secretariado de Publicaciones, 2002, p. 441.

¹⁶ Defensa de la Competencia en Latinoamérica: Aplicación sobre Conductas y Estrategias. United Nations, Economic Commission for Latin America and the Caribbean. 2005 p. 4.

denominación de esta conducta, en Estados Unidos de Norteamérica se la conoce como *Sham Litigation*, en Latinoamérica como abuso de procesos judiciales, administrativos y en Europa como *Vexatious Litigation*.

Cada jurisdicción tiene un matiz específico en la aplicación y análisis de esta conducta; sin embargo debe reconocerse que ella se desarrolla a partir de jurisprudencia estadounidense como se verá en la siguiente sección. En lo que corresponde a Ecuador, esta conducta inicialmente fue analizada únicamente a través de jurisprudencia, no obstante en la actualidad ya se contiene de manera directa en nuestra legislación. El análisis jurisprudencial de esta conducta en Ecuador será materia del capítulo III.

B. Visión estadounidense de la naturaleza del uso de recursos judiciales y administrativos como práctica anticompetitiva

La visión estadounidense sobre del uso de recursos judiciales y administrativos como práctica anticompetitiva ha sido desarrollada mediante jurisprudencia. El debate respecto a la naturaleza de esta conducta empieza en los años 60, aunque en esta época las Cortes estadounidenses proveen una perspectiva bastante general. Después, ya en el año 1993 con el caso *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.* (508 U.S. 49, 113 S.Ct. 1920) es cuando la naturaleza de esta conducta se perfila de manera concreta.¹⁷

En Estados Unidos de Norteamérica, esta conducta anticompetitiva se denomina *Sham Litigation*. Una definición concreta de *Sham Litigation* es la siguiente:

[R]efers to a petition to the government that is improper in that it is not intended to obtain the request relief from the government entity, but rather only to exclude a rival, raise its cost, constrain its output, or cause similar competitive harm.¹⁸

¹⁷Valéria Guimarães de Lima e. Silva. “Sham Litigation in the Pharmaceutical Sector. Global Economic Governance Programme”, *Oxford: Global Economic Governance Programme* (2011) p. 3.

¹⁸Traducción libre: Una petición al gobierno que es inapropiada en sentido de que no tiene la intención de obtener un resarcimiento por parte de la entidad gubernamental, sino que más bien busca únicamente excluir a un rival, elevar los costos, limitar su producción, o causar un daño competitivo similar. Philip E. Areeda y Herbert Hovenkamp. *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*. Vol. 1. Nueva York: Aspen Publishers, 2006 p. 240.

Esta definición tiene su antecedente en la doctrina *Noerr-Pennington*¹⁹, visto desde la perspectiva de que *Sham Litigation* es una excepción a la inmunidad en materia de competencia brindada por la doctrina *Noerr-Pennington*. Ciertamente el desarrollo que ha tenido esta doctrina ha ido de la mano con la necesidad de definir cuál es la verdadera naturaleza de *Sham Litigation*; es así que a medida que los dictámenes de las Cortes estadounidenses determinaban el ámbito de aplicación de las inmunidades, definían también a su vez el ámbito de aplicación de la excepción.

Un claro ejemplo de esto puede ser visto en el caso de *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*²⁰ donde, si bien se extendió la esfera de aplicación para la doctrina *Noerr-Pennington* al derecho de petición ante las cortes y organismos administrativos; también se determinó que la figura de *Sham Litigation* es aplicable en aquellos casos donde las peticiones son usadas para perjudicar a los competidores e impedirles que tengan acceso a la justicia.²¹

De lo mencionado se desprende que la visión estadounidense respecto de la naturaleza del uso de recursos judiciales y administrativos como práctica anticompetitiva es de tipo excepcional; es decir, la conducta se califica como excepción a la inmunidad que puede ser provocada en circunstancias específicas. Empero esta visión no es compartida por todos. En efecto, la doctrina y jurisprudencia se ha visto dividida en dos grupos principales.

¹⁹La doctrina Noerr-Pennington es el producto de dos casos resueltos por la Corte Suprema de los Estados Unidos: *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.* (1961) y *United Mine Workers v. Pennington*, (1965). Esta doctrina argumenta que en casos donde se despliegan efectos de restricción al mercado que sean producto de decisiones gubernamentales por imposición de una ley o sanción; o en el caso de Pennington, de tener éxito al influir en determinadas autoridades; dichas prácticas no son sujetas a la aplicación de la legislación de competencia, sino que más bien son consideradas como casos de inmunidad por su naturaleza política.

²⁰ Este caso es de gran importancia por cuanto aquí se extiende la inmunidad a la aplicación de la ley de competencia “Sherman Act”, esto en base a la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos por la cual se protege la libertad de expresión, donde se incluye el derecho de petición que consiste en garantizar a los ciudadanos el derecho de acudir ante el órgano de gobierno en cuestión para reclamar una compensación por un daño sufrido.

²¹Valéria Guimarães de Lima e. Silva. “Sham Litigation in the Pharmaceutical Sector” ... *Óp. cit.*, p. 3.

El primer grupo el argumenta que para poder determinar que estamos frente a *Sham Litigation*, es necesario que primero se realice una prueba de carácter subjetivo, donde se pueda determinar que existe una verdadera intención por parte del peticionario para causar daño a un competidor.

El segundo grupo toma la posición de que es necesario recurrir a una prueba de carácter objetivo, por la cual se determine la razonabilidad de la conducta del peticionario. Además de estos dos enfoques doctrinarios, existe un tercero que es la convergencia entre los dos primeros, y parte de la premisa de que para ser considerada como anticompetitiva, esta conducta requiere esencialmente de dos elementos: el objetivo y el subjetivo.

Al posicionarnos ahora en la visión de la naturaleza de esta conducta desde una perspectiva económica, encontramos a Christopher C. Klein, quien a su paso por el Bureau de Economía del *Federal Trade Commission* o Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos realiza una crítica a la definición de *Sham Litigation* y menciona:

Sham litigation as an antitrust law violation has been the subject of much discussion in recent years. Historically, sham litigation has generally been defined legally as anticompetitive litigation that is “baseless” or otherwise without any legitimate foundation. From an economic perspective this is a very restrictive definition, which allows considerable use of legal and administrative systems for anticompetitive ends. A definition of sham litigation that is more in keeping with economic reasoning would identify sham litigation as predatory or fraudulent litigation with anticompetitive effect, that is, the improper use of the courts and other government adjudicative processes against rivals to achieve anticompetitive ends.²²

Esta crítica propuesta por Klein, parte de una de las concepciones sobre la caracterización de *Sham Litigation*, siendo esta la de tipo subjetivo, ya que hace alusión

²²Traducción Libre: Sham Litigation considerada como una violación a la ley de defensa a la competencia, ha sido materia de varias discusiones en los últimos años. Históricamente Sham Litigation ha sido generalmente definida legalmente como una litigación anticompetitiva que no tiene base o que no cuenta con ninguna pretensión legítima. Desde la perspectiva económica, esta es una definición muy limitada que permite el uso de sistemas legales y administrativos para fines anticompetitivos. Una definición de Sham Litigation que sería más acorde con un razonamiento económico identificaría a Sham Litigation como una litigación predatoria y fraudulenta con efectos anticompetitivos, siendo estos el uso inapropiado de cortes y otros procesos gubernamentales en contra de los rivales para obtener fines anticompetitivos. Christopher C. Klein. “Theory, Cases and Policy”. *Bureau of Economics, Federal Trade Commission* (1989), p. 3.

a la falta de fundamentos para que proceda una litigación anticompetitiva. Se evidencia entonces el estándar objetivo con el que Klein reviste a *Sham Litigation*, pues se enfoca en los efectos que dicha litigación tendría dentro del contexto de dos rivales en un mercado. Esta crítica, aporta al análisis con la perspectiva económica; no obstante como veremos posteriormente, el criterio jurisprudencial prima al analizar este tipo de casos.

Algo que debemos destacar en este punto, es que precisamente un competidor puede presentar una demanda con fundamentos legítimos, pese a que esa conducta puede tener un fin anticompetitivo que se enfoque en accionar un derecho de tutela judicial o administrativa que dicho sea de paso es ampliamente reconocido, pero sin intentar otra acción que la de afectar a su competidor. En este sentido Klein continúa con esta perspectiva económica y menciona que:

From an economic viewpoint, sham litigation strategies either involve fraudulent use of the courts or they are special cases of nonprice predation. Economists believe that nonprice predation is likely to be more common than price predation, primarily because the predator is more likely to be able to impose disproportionate cost on its target using nonprice methods, and also because entry barriers are less important for the success of non price predation than for the price predation.²³

Corresponde en este punto reflexionar sobre la conducta “*Non-price predation*” que acorde al glosario de términos estadísticos elaborado por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico se define como:

[...] a form of strategic behavior that involves raising rivals' costs. It is potentially less costly and hence more profitable than predatory pricing. Typical methods include using government or legal processes to disadvantage a competitor. A firm may be able to force competitors to incur significant litigation or administrative costs, at little cost to itself.²⁴

²³Traducción Libre: Desde una perspectiva económica, Sham Litigation envuelve el uso fraudulento de las cortes o de casos especiales que no son precios predatorios. Economistas consideran que estos casos especiales que no son precios predatorios son más comunes que los precios predatorios, principalmente porque es más probable que el predador sea capaz de imponer costos desproporcionales a su objetivo usando métodos que no incluyen precios predatorios. Christopher C. Klein. “Theory, Cases and Policy” *Óp. cit.*, p. 10.

²⁴Traducción Libre: una forma de comportamiento estratégico que repercute en el alza de costos de un rival. Es potencialmente menos costo y aun más rentable de precios predatorios. Métodos típicos incluyen usar procesos gubernamentales o legales para provocar una desventaja en el competidor. Una firma podría ser capaz forzar a competidores a incurrir en costos judiciales y administrativos a un bajo

Visto esto con respecto a la apreciación de Klein, resalta con claridad que si bien *Sham Litigation* es una conducta que se mueve en sede judicial o administrativa, dicha conducta comparte una naturaleza económica. Lo que se manifiesta es un análisis de costo-beneficio por el cual se determina que, si bien el hecho de accionar una litigación tiene un costo para el promotor, este costo no es representativo respecto del beneficio que importa. Tal beneficio resulta peculiar, por cuanto pende de que el mismo repercuta como un alto costo en el rival para logra la finalidad anticompetitiva deseada.

C. Visión Latinoamericana de la naturaleza del uso de recursos judiciales y administrativos como práctica anticompetitiva

La visión Latinoamérica respecto de la naturaleza del uso de recursos judiciales y administrativos, ha tenido como punto de partida la jurisprudencia anglosajona. Sin embargo es importante destacar que este punto de partida se ha ido desarrollando a lo largo del tiempo. En efecto, Latinoamérica ha creado legislación en materia de competencia, con la finalidad de reglar conductas anticompetitivas entre las que se encuentra el abuso de recursos judiciales y administrativos.

Una de las consideraciones más importantes respecto de la naturaleza de esta conducta, es la falsa pretensión en la que se solventa. Esta conducta pretende aferrarse a un legítimo interés para poder desarrollar su verdadero objetivo. En ese sentido es importante hacer una puntualización entre la diferencia que existe entre ilegitimidad e ilicitud. Al respecto Marcelo Quaglia menciona:

De esta manera podemos diferenciar claramente la teoría del abuso de derecho del supuesto de la ilicitud propiamente dicha que implicaría el abuso de la posición dominante en el mercado²⁵: “la conducta ilícita se enfrenta abierta y manifiestamente

costo para este mismo. OECD. Glossary of Statistical Terms. <http://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3269> (acceso: 29/01/2012)

²⁵Marcelo Quaglia. "La posición dominante en el Mercado y la Defensa de la Competencia." *Boletín Latinoamericano de la Competencia* (2006) p. 4.

con el ordenamiento jurídico; la abusiva lo hace en forma solapada, aparentando ser legítima.”²⁶

La consideración antes realizada, citando ahora a Peralta, permite evidenciar la complejidad de la conducta, pues si bien “[e]s bien sabido que la ilicitud es la contradicción del derecho. La ilicitud implica la existencia de algo no permitido (*quod non licet*) o contrario a lo jurídico”²⁷; mientras que la ilegitimidad resulta más difícil de identificar. Esto se debe primordialmente a que, para poder determinar si una práctica es ilegítima se requiere evaluar el grado de eficacia jurídica que esta cumple con respecto de su verdadero espíritu o finalidad. Una de las definiciones que se brinda a este término es:

[...] Viene esta idea a oponerse a la de legitimidad, o sea, a la de protección plena por el Derecho. Así, suelen calificarse de ilegítimas situaciones carentes de la concurrencia de todos los requisitos o condiciones necesarias para alcanzar un cierto nivel de plenitud de contenido o de eficacia jurídica. [...]. Por contra, legitimar viene a ser siempre la operación mediante la cual algo se eleva a una esfera de eficacia o de consideración jurídica superior a la que hasta el momento venía disfrutando²⁸.

Esta simulación de pretender la obtención de los efectos jurídicos trasladada al uso de recursos judiciales y administrativos como práctica anticompetitiva, implica que un operador económico incurra en procesos legales para evitar la entrada de un competidor a un mercado relevante donde “No importa ganar los casos. [Aquello que se pretende es] elevar los costos del entrante. [Por lo que] el mecanismo es mucho más efectivo que las prácticas comerciales.”²⁹ Sin embargo esta pretendida legitimidad cuenta con una gran ayuda para poder alcanzar sus verdaderos objetivos. Esta ayuda está dada por el propio Estado. En efecto:

²⁶Leopoldo Peralta. “Ejercicio abusivo de los derechos subjetivos” JA 1992-IV-799. Citado en Marcelo Quaglia. “La posición dominante en el Mercado y la Defensa de la Competencia.” *Boletín Latinoamericano de la Competencia* (2006) p. 4.

²⁷Instituto de Investigaciones Jurídicas. “La ilicitud.” *Boletín mexicano de derecho comparado* (1995) p. 197.

²⁸Derecho. Ecuador *Diccionario Jurídico*
http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=4180. (acceso 24/02/2012)

²⁹Alfredo Bullard y Alejandro Falla. “El abogado del Diablo”: El abuso de Procesos Legales o Gubernamentales como Práctica Anticompetitiva.” *Op., cit.*, p. 46.

El monopolio del Estado en las decisiones públicas no le deja al entrante otra alternativa que litigar y defenderse en un campo en el que los plazos y las medidas legales le asfixian su desarrollo³⁰.

Es por esto que el abuso de procesos administrativos y judiciales resulta una alternativa brillante para un operador económico que se ve amenazado por la entrada de un competidor. El operador que activa una acción de petición en sede judicial o administrativa, alegando defensa de sus propios “derechos”, sabe que la contraparte a quien acusa deberá, de manera obligatoria defenderse por lo que el accionante tendrá la oportunidad de intervenir en los negocios del otro operador y por ende mediante esta conducta, frenar o restringir la competencia.

El que la parte alegue defensa de sus propios “derechos” tiene un trasfondo muy imponente: el derecho constitucional a defenderse o a solicitar el resarcimiento por alguna afectación de la que se ha sido objeto. Sobre este respecto Álvarez Carreño es muy puntual al mencionar que, el ejercer el derecho de petición sin contar con un legítimo interés “supone una mera excusa para infringir daños al competidor en el mercado. En definitiva [se] estaría en presencia de una actividad contraria al principio de libre competencia sancionado por legislación *antitrust*.”³¹ Actividad que en todo sentido desnaturaliza el derecho de petición y que pretende recibir protección por parte del ente estatal.

Una vez que ha sido expuesto uno de los ejes principales donde gira la naturaleza de esta conducta: la ilegitimidad; es importante destacar que esta naturaleza es concebida simultáneamente con la perspectiva económica. Esta perspectiva es el resultado de la primera premisa expuesta en este acápite; la visión latinoamericana sigue la línea anglosajona para el análisis de esta conducta. Esto se ve reflejado en distintas obras de autores latinoamericanos como Bullard, así como en la jurisprudencia. Se puede ver un ejemplo claro de lo dicho en la incidencia económica de la conducta para su determinación de carácter abusivo.

³⁰ *Ibíd*

³¹ Santiago Álvarez. “*El Derecho de Petición. Estudio de los sistemas español, italiano, alemán, comunitario y estadounidense*.” Granada: Comares, 2000 p. 359.

Entre los considerandos económicos para establecer esta conducta, se encuentra la necesidad de que la parte que acciona la misma tenga poder de mercado. Esto último ha sido objeto de un sinnúmero de debates y materia de análisis en el capítulo II. Respecto de la naturaleza económica de esta conducta, es importante destacar que el objetivo esencial de accionarla se identifica con la finalidad de entorpecer, detener e impedir la entrada de un competidor a un mismo mercado.

Vemos entonces que en la visión Latinoamericana respecto de esta conducta, la doctrina indica que tanto el elemento económico así como elemento de ilegitimidad actúan de manera simultánea, complementándose. Falla expone estos elementos, donde su principal argumento gravita en la asimetría que desencadena la conducta. Al respecto manifiesta lo siguiente.

El asunto se agrava si se tiene en cuenta que mientras el entrante pelea para obtener ganancias competitivas, derivadas del precio resultante de su entrada, el monopolista pelea para defender su ganancia monopólica, la que es evidentemente superior a la que obtendrá el entrante de tener éxito en su objetivo. Mientras uno pelea por competir, el otro pelea para mantener su monopolio. El “premio” para el éxito de esta batalla legal no es el mismo, no es simétrico³².

La asimetría que caracteriza ésta conducta está dada en esencia por los costos que representa la misma; es decir que aquí debe analizarse el interés económico de una de las partes, el cual resulta extremadamente valioso como para incurrir en el costo que sea necesario para impedir la entrada de su competidor o de retardarla.

D. Visión europea de la naturaleza del uso de recursos judiciales y administrativos como practica anticompetitiva

La visión europea de la naturaleza del uso de recursos judiciales y administrativos como practica anticompetitiva, se conoce como *Vexatious Litigation*. Esta conducta ha sido desarrollada a través de jurisprudencia. Sin embargo es necesario señalar la poca

³²Alfredo Bullard y Alejandro Falla. "El abogado del Diablo": El abuso de Procesos Legales o Gubernamentales como Practica Anticompetitiva." *Op., cit.*, p. 49.

experiencia de la Unión Europea³³ en este respecto. En efecto, conforme menciona Maggiolino, el tratamiento jurisprudencial es muy limitado siendo el único caso juzgado actualmente en esta materia el Caso T-111/96 o también conocido como *ITT Promedia vs Comisión de las Comunidades Europeas* resuelto por el Tribunal de Comunidades Europeas³⁴. Esto sin menester del caso *AstraZeneca vs Comisión Europea*³⁵ que si bien no analiza esta conducta, hace una breve mención respecto de ella.

En esta línea, Borkowski menciona que los indicadores que se consideran para determinar si ha existido *Vexatious Litigation* se resumen básicamente en dos; calidad dudosa de derechos adquiridos y resultados dudosos de activar un litigio³⁶. Una vez identificados estos indicadores, es menester aplicar las consideraciones realizadas en el caso ITT Promedia para juzgar determinada conducta. Jones y Sufrin hacen un recuento del criterio vertido por la Comisión Europea y manifiestan:

Legal proceedings can be characterized as an abuse, [...] only if they cannot reasonably be considered to be an attempt to assert the rights of the undertaking concerned and can therefore only serve to harass the opposing party. [...] Furthermore [...] it is not the question of determining whether the rights which the undertaking concerned [...] but rather of determining whether such an action was intended to assert what that undertaking could, at that moment, reasonable consider to be its rights³⁷.

Habiendo revisado esto, se puede colegir que en términos generales esta conducta es muy similar a su equivalente bajo la visión estadounidense *Sham Litigation*. Esto toda vez que, tanto en el caso estadounidense como en el caso europeo, se consideran dos criterios al analizar esta conducta: la característica de la petición, en tanto a si en

³³Mariateresa Maggiolino. *Intellectual Property and Antitrust: A Comparative Economic Analysis of US and EU Law*. Reino Unido: Edward Elgar Publishing Limited, 2011, p. 197.

³⁴ Este caso será analizado en el capítulo III.

³⁵ En el capítulo III se expresará la distinción existente en este caso.

³⁶ Filip Borkowski. Grounds for prosecuting sham practices under the EU system. *European Commission Competition* (2010), p. 2.

³⁷Traducción Libre: Los procesos legales pueden catalogarse como un abuso, [...] solo si ellos no pueden ser considerados razonablemente como un intento de defender los derechos de un operador y solo sirven entonces para afectar a la parte contraria. [...] Además [...] no se trata de determinar sobre los derechos de operador [...] sino en cambio de determinar si esa acción estuvo direccionada a defender los derechos que en ese momento podían considerarse como razonables. Alison Jones y Brenda Smith. *EC Competition Law: Text, Cases and Materials*. Nueva York: Oxford University Press, 2007, p. 583.

efecto se busca resarcir algún pretendido daño conforme a una consideración de razonabilidad; y si dicha acción tiene como finalidad interferir o amenazar al operador económico rival.

En cuanto a las visiones estadounidense y la europea debe destacarse que si bien se manejan una concepción similar con respecto a esta conducta, algo que las diferencia es su naturaleza. En lo concerniente a su punto de convergencia, tanto *Sham Litigation* como *Vexatious Litigation* parten de dos premisas esenciales de orden fundamental o constitucional. Estas son: que el Estado tiene la obligación de garantizar un adecuado acceso y administración de justicia a sus ciudadanos y por otro lado la obligación que tiene respecto de velar por la defensa del entorno de competencia.

Respecto a su naturaleza, *Sham Litigation* se diferencia de su equivalente europeo: *Vexatious Litigation* en que en el primer caso nos encontramos frente a una excepción a la excepción, es decir que por regla general, las prácticas que desplieguen efectos de restricción a la libre competencia son sancionadas por el Estado, pese a que en los casos que se contemplan bajo la doctrina Noer- Pennington, existe una excepción que brinda impunidad en determinados casos. No obstante esta inmunidad tiene a su vez una excepción, pues ella no aplica cuando se han configurado una conducta anticompetitiva por abuso de recursos judiciales y administrativos. Esta naturaleza es distinta en el caso de *Vexatious Litigation* puesto que ésta se configura como una excepción sin distinción, pues de ser configurados los presupuestos³⁸ para el establecimiento de esta conducta, no existe inmunidad que pueda aplicársele.

II. El abuso de recursos judiciales y administrativos en materia de competencia como límite al ejercicio del derecho de petición

El derecho de petición y la tutela efectiva han sido considerados como derechos esenciales. ¿Pueden estos derechos tan importantes ser limitados? Sí. Esto tiene lugar cuando “aquella conducta [...] resulta contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de las actividades económicas y, en general, a las normas de

³⁸ En el capítulo II se analizarán a detalle estos requisitos.

corrección que deben regir en las actividades económicas”³⁹; cuestión por la cual estos derechos pasan a contraponerse al derecho a libre competencia.

En este capítulo se hace un minucioso análisis del derecho de petición y su coexistencia con el derecho a la libre competencia cuando estos se enfrentan. Contiene tres acápites: el primero analiza el derecho Constitucional de petición y la tutela efectiva, el segundo establece los límites del derecho de petición en materia de competencia y finalmente el tercero analiza el rol del Derecho Administrativo sancionador cuando la necesidad de limitar este derecho en materia de competencia se ha verificado.

A. El derecho Constitucional de petición y la tutela efectiva

El derecho de petición así como la tutela efectiva son considerados elementos esenciales con los que toda sociedad debe contar. En lo correspondiente al tratamiento de estos en el derecho comparado, debe subrayarse que su consideración de equivalencia o distinción entre ellos varía de jurisdicción en jurisdicción. Uno de estos casos se puede evidenciar en Colombia, donde la Corte Constitucional “rectifica la definición del derecho de acceso a la justicia que había caracterizado como efectivo y sostiene ya no una relación entre el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que encuentra que estos derechos son sinónimos”⁴⁰.

En lo que concierne a Ecuador, el derecho de petición y el derecho de tutela son diferenciados en su consagración en la Carta Magna. En este acápite se expresará la definición de estos dos derechos, su tratamiento constitucional, su tratamiento doctrinario y su tratamiento jurisprudencial en el derecho comparado.

El derecho de petición es la facultad que tiene una persona, sea natural o jurídica, para accionar el engranaje judicial y administrativo cuando considera haber sido,

³⁹ Informe sobre las necesidades y prioridades en el área de Políticas de la Competencia. United Nations Conference of Trade and Development 2004 p. 79.

⁴⁰ Rocío Araújo. “Acceso a la justicia efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado”. *Revista Estudios Socio- Jurídicos* (2011), p. 254.

efectivamente objeto de una afectación. El derecho de petición se encuentra contenido en la Constitución de Ecuador dentro del derecho de acceso a la justicia. La Constitución reconoce el derecho al acceso a la justicia. El artículo 75 manda:

Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley⁴¹.

El acceso a la justicia es considerado en Carta Magna como un derecho de protección donde una de las garantías básicas es el derecho de defensa. El artículo 76 de la Constitución ecuatoriana manda en su artículo 76 una serie de garantías que se encuentran incluidas en el derecho de defensa como una parte esencial del debido proceso. Este derecho de petición o derecho de defensa es plenamente reconocido.

En lo correspondiente al reconocimiento en la esfera internacional del derecho de petición se encuentra la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos ratificada por el Ecuador el 28 de diciembre de 1977. El artículo 8 de esta Convención contiene el derecho de petición así como sus garantías mínimas y afirma que:

Art. 8.1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter⁴².

En lo que respecta al tratamiento jurisprudencial que se ha dado a este derecho, la Corte Interamericana ha manifestado que si bien todas las personas tienen derecho a ser oídas, este derecho no está limitado a que su ejercicio sea únicamente ante un juez o tribunal. De ahí que otros órganos estatales deben también respetar y garantizar este derecho. La Corte ha expresado:

Atendiendo a lo anterior, la Corte estima que tanto los órganos jurisdiccionales como los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente

⁴¹ Constitución de la República del Ecuador. Art. 75. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008

⁴² Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (1984). Art. 8.

jurisdiccional, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana. En este sentido, pese a que el artículo 8.1 de la Convención alude al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, dicho artículo es igualmente aplicable a las situaciones en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos⁴³.

Vemos entonces que el derecho de petición es un derecho fundamental, lo cual lo convierte en un derecho extremadamente sensible. De ahí que la factibilidad de pretender limitar el mismo resulta algo que a primera vista causa repulsión. Respecto de este derecho Bullard y Falla mencionan lo siguiente:

[...] es un derecho fundamental de las personas el que no se le impida solicitar a las autoridades que se pronuncien sobre algo, sin importar qué tan descabellado es el pedido. Así, el abuso del derecho de acción o del derecho de petición es bastante difícil de determinar, y sobre todo de frenar, sin que surja la idea de que frenarlo es la violación de un derecho fundamental del accionante o del peticionante⁴⁴.

En esta misma línea encontramos al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile que menciona que es precisamente la discrecionalidad del derecho de acción o petición aquella que podría permitir a su titular infringir la libre competencia. Para esto el Tribunal asertivamente destaca:

Que los derechos de acción y petición – por discrecional que pueda ser su ejercicio- no comprenden la facultad de su titular de infringir la libre competencia. Un adecuado entendimiento de los derechos subjetivos considera como límite natural a su ejercicio el respeto a los derechos de otras personas y al orden público que resguarda el interés general⁴⁵.

El tratamiento que se ha dado a este derecho en otros países, como Chile, ha sido de gran cautela. Al respecto podemos encontrar el *Caso Telmex vs. Telefónica Chile* donde en su expediente se destaca que “el ejercicio de la acción judicial es un derecho potestativo que cautela los derechos subjetivos y asegura la observancia del derecho.

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia del 6 de febrero de 2001.

⁴⁴ Alfredo Bullard y Alejandro Falla. "El abogado del Diablo": El abuso de Procesos Legales o Gubernamentales como Practica Anticompetitiva." *Op., cit.*, p. 47

⁴⁵ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile. *Caso del Compañía Minera Cordillera S.A. vs Sociedad punta lobos S.A.* Sentencia No. 47/2006 5 de diciembre de 2006.

Por eso el control de esa potestad vía de abuso del derecho, está sujeto a calificaciones muy rigurosas”⁴⁶. Más adelante, continuando con este tratamiento, se cita a Varas quien muy acertadamente afirma que el derecho de acción o derecho de petición es parte esencial para el funcionamiento de la sociedad. Menciona que este derecho es una representación del Estado de derecho, al igual que una representación de un Estado democrático. En consideración de la naturaleza inherente a este derecho “debe observarse con recelo cualquier construcción hermenéutica que amague el libre ejercicio de ese derecho”⁴⁷.

En lo que corresponde a la tutela efectiva esta se define como el derecho que tiene toda persona a pretender que sus derechos subjetivos e intereses legítimos sean garantizados sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión⁴⁸. En lo que corresponde a nuestro ordenamiento jurídico, la tutela efectiva se encuentra contenida en el artículo 75 de la Constitución de la Republica del Ecuador. La Norma Fundamental concibe dos características esenciales para que la tutela efectiva se configure; debe ser imparcial y expedita. Adicionalmente la Constitución manifiesta que la tutela que brindará el Estado ecuatoriano será tanto por derechos como por intereses y que al momento de administrarla deberá sujetarse a principios de intermediación y celeridad. La Constitución consagra a la tutela efectiva en toda la significación que representan sus palabras, de ahí que llega a garantizar que en ningún caso quedara en indefensión.

Considerando criterios de Araujo, el derecho a la tutela debe además cumplir con requisitos de tipo empírico:

⁴⁶ Enrique Barros. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Ed. Jurídica de Chile, 2006 p. 644. Citado en Contestación de Telefónica Chile. *Caso Telmex vs. Telefónica Chile*. Sentencia No. 83/2009, de 30 de enero del 2009.

⁴⁷ Juan Varas. “Responsabilidad Aquiliana por el Ejercicio de Acciones Judiciales”. *Estudios de Derecho Civil*, II, (2006), p. 476. Citado en Contestación de Telefónica Chile. *Caso Telmex vs. Telefónica Chile*. Sentencia No. 83/2009, de 30 de enero del 2009.

⁴⁸ García de Enterría. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*. Madrid : Civitas Ediciones, 1983 p. 581.

[Q]ue se refieren a las exigencias políticas e institucionales que permiten que un recurso previsto sea capaz de cumplir con su objeto y obtener el resultado para el cual fue previsto. Por ello, un recurso no es efectivo cuando es ilusorio por las circunstancias y condiciones generales del país que toleran la impunidad de manera sistemática, y existe ineficacia judicial o imposibilidad de obtener una reparación de la víctima o del caso mismo, demasiado gravoso para la víctima o cuando el Estado no ha asegurado su debida aplicación por parte de las autoridades judiciales, aspectos que pueden ocurrir cuando el ejercicio práctico de la controversia demuestre que el recurso es inútil para satisfacer el derecho, o cuando el juez o los tribunales no son independientes ni autónomos ni imparciales, o cuando faltan los recursos para ejecutar la sentencia o los proveídos, o cuando simplemente hay denegación de justicia, lo cual puede acontecer por el retardo injustificado de la decisión, o por la falta de acceso al recurso, o por la adecuación a la situación de las víctimas, en especial cuando pudieran pertenecer a grupos en situación de vulnerabilidad, o por la adecuación del cuerpo judicial o administrativo que recibe y procesa la denuncia, y la adecuación del remedio para hacer cesar la violación, si esta continúa, a fin de ofrecer una reparación material y moral a la víctima, y de castigar a los responsables, cuando corresponda, e impedir que la violación se repita⁴⁹.

Araujo relaciona a la efectividad de la tutela brindada por el Estado con “condiciones generales del país”; entendiendo aquellas como el resultado de distintos factores en el ámbito económico, político y social. Algo que debe subrayarse de este criterio es que la tutela brindada por el Estado no puede considerarse efectiva cuando el debido proceso al que ésta debe someterse ha sido afectada. Resulta de tanta importancia el correcto cumplimiento del debido proceso, que su ausencia es capaz de provocar que un derecho, que ha sido garantizado por el Estado de manera tan fehaciente, sea auto-limitado en su ejercicio.

En lo que concierne a la interpretación que se da a este principio, se puede denotar que la misma debe ser realizada sin discriminación; es decir, que no se debe limitar a un tipo específico de sujetos del derecho. Como bien recalca la Segunda Sala del Tribunal de Justicia de Alemania, el ejercicio del derecho de tutela efectiva no se limita únicamente a las personas naturales sino que, es extensivo a las personas jurídicas. Al respecto, la sala menciona:

El principio de tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que no se excluye que pueda ser invocado por personas jurídicas y que la asistencia

⁴⁹ Rocío Araujo. “Acceso a la justicia efectiva...” *Óp. cit.*, pp. 256-257.

concedida en aplicación de este principio pueda incluir, en particular, la dispensa del pago anticipado de las costas del procedimiento y/o de la asistencia letrada⁵⁰.

Al igual que el derecho de petición, el derecho a la tutela judicial es clara evidencia de que una sociedad vive en régimen de Derecho. De ahí que resulte de tanta importancia velar por el adecuado ejercicio. La naturaleza de este derecho provoca un tratamiento especial por parte de quienes lo analizan; y es por eso que existen exigencias de alto grado cuando se pretende limitarlo. Es así que por ejemplo, en el caso europeo la resolución del Tribunal de Primera instancia en el caso ITT Promedia, se afirmó que “dado que la tutela judicial es un derecho fundamental y un principio general que garantiza el respeto del Derecho, únicamente en circunstancias excepcionales el ejercicio de una acción judicial podrá constituir un abuso de posición dominante en sentido del artículo 86 del Tratado”⁵¹.

En el caso de Ecuador, la aplicación del derecho de tutela judicial efectiva que ha dado la Corte Constitucional, ratifica que éste como cualquier otro derecho garantizado por el Estado, puede ser ejercido tanto por personas jurídicas como naturales. Del análisis que realiza esta Corte, puede verse la gran importancia que tiene este derecho y que el mismo deber ser evaluado en integridad con el texto constitucional. Al respecto la Corte manifestó:

a) Con relación al legitimado activo, las personas jurídicas de derecho privado, en virtud de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y el debido proceso, pueden acceder a la Acción Extraordinaria de Protección, para lo cual cabe sujetarse a la siguiente interpretación integral de la Constitución: i) si bien el artículo 437 habla de todo ciudadano, éste debe ser leído de forma integral en relación con los artículos: 10 “Las personas [...] gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales” y 86.1 “cualquier persona [...] podrá proponer las acciones previstas en la Constitución.”; iii) de no ser así, se estaría restringiendo el acceso gratuito a la justicia de cualquier persona o grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad y a exigir de ella el cumplimiento de las garantías constitucionales que se expresan en el derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 86.1 CRE), máxime si se toma en cuenta adicionalmente que según el artículo 426, que dice: “todas las personas están sujetas a la Constitución”, las personas jurídicas de

⁵⁰ Tribunal de Justicia. Sala Segunda. *Sentencia Interpretativa de petición de decisión prejudicial planteada por el Kammergericht Berlin — Alemania* C-279/09, 22 de diciembre de 2010.

⁵¹ Tribunal de Primera Instancia. *Caso ITT Promedia NV contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Causa T-111/96. Sentencia de 7 de julio de 1998.

derecho privado son susceptibles de acciones constitucionales, entonces se rompería el principio de igualdad al aceptar que las personas jurídicas son objeto de acciones pero no pueden actuar en su calidad de accionantes; y, iv) en este sentido, la justicia constitucional debe ser entendida en el marco de su contexto e integridad (Art. 428 CRE)⁵².

El derecho de petición y el de tutela efectiva son extremadamente sensibles por lo que resulta importante puntualizar que este carácter de alta sensibilidad no es absoluto. En efecto, el derecho de petición y el de tutela efectiva al igual que otros derechos pueden ser limitados. Si bien es cierto que para limitar este derecho se requiere dar cumplimiento a condiciones y requisitos muy específicos por más exigentes que resulten; se comprueba que no son absolutos. Es por este motivo que estos derechos pueden ser limitados cuando son ejercidos abusivamente. En materia de competencia el ejercicio de estos derechos mediante recursos o acciones, en términos generales resulta abusivo cuando a través de ellos se busca afectar a un operador de mercado trasgrediendo el derecho a la libre competencia.

B. Requisitos para que el uso de recursos judiciales y administrativos constituya una práctica contraria a la libre competencia

Una vez que se ha destacado la importancia que reviste al derecho de petición y el de tutela efectiva, es necesario examinar el por qué derechos tan importantes pueden ser limitados. Esta sección se divide en dos partes. En primer lugar se elabora una descripción del escenario que debe tener lugar para analizar si estamos frente a una conducta contraria a la libre competencia. En segundo lugar, se examinan los requisitos esenciales; que deben configurarse para que el ejercicio del derecho de petición a través de recursos judiciales o administrativos resulte contrario a la libre competencia.

⁵² Corte Constitucional. *Sentencia No. 024-08-SEP-CC*, del 29 de septiembre del 2009. Registro Oficial Suplemento No. 47 de 15 de octubre de 2009.

1. Contextualización de la conducta en materia de competencia

En cuanto concierne a la primera parte, que se refiere al contexto de análisis de la conducta encontramos tres elementos en el escenario: operadores económicos, un mercado relevante, y recursos como medio de impugnación.

En cuanto al primer punto, un operador económico es aquella persona natural o jurídica que interactúa en el mercado a través de transacciones comerciales y económicas. En esta misma línea encontramos a López, a su vez manifiesta que se entiende por operador “económico [a] cualquier persona [...] que realiza por sí o por interpósita persona, cualquier tipo de actividad económica⁵³.” Pérez extiende el espectro de esta definición y manifiesta que:

Por operador económico se entiende toda persona que realiza operaciones de mercado, tanto desde el lado de la oferta como desde el lado de la demanda, busque o no un lucro con su actuación y tenga o no una organización para participar en el mercado. En sentido estricto, operador económico será todo aquel que, como persona física o jurídica participa en el mercado realizando operaciones económicas⁵⁴.

En lo correspondiente a la normativa de la Comunidad Andina un “agente económico [es] toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, con o sin fines de lucro, que oferta o demanda bienes materiales o inmateriales, o servicios en el mercado, así como los gremios o asociaciones que los agrupen.⁵⁵” En lo que corresponde a nuestra legislación, no se define directamente el concepto de operador económico. Sin embargo la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado hace una descripción de los posibles tipos de operadores económicos. Al respecto indica:

Art. 2.- Ámbito.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas,

⁵³ Rogelio López. “La Ley Federal de Competencia Económica y algunas consideraciones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado”. *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* (1995), p. 287.

⁵⁴ Amelia Pérez. *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: Grupo Difusión, 2011, p 50.

⁵⁵ Decisión del Acuerdo de Cartagena 608. Art. 1. Registro Oficial Suplemento 18 de 25 de febrero del 2008.

nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional⁵⁶.

Al analizar el artículo precedente puede verse que la ley, considera una amplia variedad de tipos de operadores económicos en el mercado, respecto de los cuales afirma que no existe distinción alguna para la aplicación de ley.

El término que se usa para describir este sujeto en materia de competencia varía en algunas jurisdicciones y la expresión que se usa es la de agente económico⁵⁷, agente de mercado o en otros casos simplemente operador o agente. Sin embargo el tratamiento jurisprudencial de este sujeto ha tendido a reconocerlo mayoritariamente como operador económico. Un claro caso sucedió en Europa, donde en el caso Telefónica vs AUSBANC, la Comisión Europea, France Telecom y la European Competitive Telecommunications Association (ECTA); el Tribunal General de Luxemburgo condena a Telefónica por abuso de posición dominante. El Tribunal utiliza el término operador económico para referirse a Telefónica y menciona en su sentencia:

[C]omo operador económico diligente debería haber estado con los principios que rigen la definición de los mercados en los asuntos de competencia, y en su caso haber recurrido a asesoramientos jurídicos para valorar en la medida de lo posible las eventuales consecuencias de un determinado acto⁵⁸.

En cuanto al segundo punto de la contextualización de la conducta, el mercado relevante se define como el resultado de un análisis de mercado que permite establecer el nivel de participación de un operador económico así como su grado de concentración en determinada industria. Los parámetros que se analizan para definir el mercado relevante dependen de distintas posiciones doctrinarias. Ruiz por ejemplo señala; la

⁵⁶ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Art. 2. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

⁵⁷ En el presente trabajo los términos agente, agente de mercado, operador, operador económico y competidor serán utilizados como sinónimos.

⁵⁸ Mercado de dinero. Confirmada la sanción a Telefónica por abuso de posición dominante. <http://www.mercado-dinero.es/El-Confidencial/confirmada-la-sancion-a-telefonica-por-abuso-de-posicion-dominante.html> (acceso: 05/06/2011)

delimitación del producto, la configuración geográfica del mercado, y el papel del Estado en su determinación como metodologías empleadas para la definición del mercado relevante⁵⁹.

Sin embargo, más allá de estas consideraciones es de suma importancia resaltar la funcionalidad de la definición del mercado relevante en materia de competencia. La definición del mercado relevante forma parte de la antesala para determinar que nos encontramos frente a una conducta que atenta contra el derecho a la libre competencia. Un ejemplo es el del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas donde, para determinar si un operador económico ostenta posición dominante, destaca la importancia del mercado relevante y menciona “[p]ara resolver esta discusión, hay que determinar, en primer lugar cuál es el mercado de referencia”⁶⁰

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado contiene dentro de su régimen de regulación y control al mercado el tratamiento normativo de este concepto. En cuanto a los parámetros a utilizarse para la definición del mercado relevante, establece que se considera al menos el mercado de productos o servicios, el mercado geográfico y las características relevantes de los oferentes y demandantes. En lo correspondiente al primer parámetro se establece la necesidad de un análisis de sustitución; en cuanto al segundo punto se requiere la realización de un análisis de alternativas de aprovisionamiento; en cuando al último parámetro se analizara a los vendedores y compradores respecto de características como el tipo de intermediación y superficie de venta de producto o servicio. Esto se encuentra estipulado en el artículo 5 de la LORCPM⁶¹.

⁵⁹ Gonzalo Ruiz. "Definición de Mercado Relevante y Políticas de Competencia". *Themis Revista de Derecho* (2000), pp. 299-303.

⁶⁰ Tribunal de Justicia. *Asunto Hugin/Comisión 22/78*. Sentencia de 31 de mayo de 1979.

⁶¹ Art. 5.- Mercado relevante.- A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado. El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles

En cuanto a la aplicación que se ha dado a este término *mercado relevante*, es necesario aclarar que la misma varía de jurisdicción en jurisdicción. Por ejemplo, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia de Venezuela establece como mercado relevante a aquel en el cual las empresas participan y tienen lugar las presuntas prácticas restrictivas de la libre competencia. En cuanto a los parámetros para definir al mercado relevante, esta Superintendencia expresó lo siguiente:

Tradicionalmente, esta Superintendencia ha definido en el mercado relevante como el grupo más reducido de productos que, dentro de un área geográfica delimitada, pueden ser objeto del uso de poder de mercado, o de la habilidad de las firmas para influir, en búsqueda de su beneficio económico, en el precio, la calidad, la variedad, el servicio, la publicidad, la innovación u otras condiciones de competencia, para aplicar este concepto se deben considerar las posibilidades de sustitución que tienen tanto los oferentes como los demandantes del mercado. En general mientras mayor sea la posibilidad de sustitución de que disponen los usuarios más amplia debe ser la definición de mercado relevante en términos de los productos que incluye. También contribuye a una definición amplia de mercado, la factibilidad técnica que una misma empresa pueda ofrecer productos alternativos a los usuarios. Finalmente, el hecho de que los usuarios tengan acceso a bienes ofrecidos en sitios distantes, amplía el área geográfica del mercado relevante. A efectos prácticos, se consideran dos dimensiones del mercado relevante: el mercado producto y el mercado geográfico. Estas dos dimensiones no son independientes y ambas contribuyen a la delimitación del mercado relevante⁶².

Una vez que se ha definido este tema, es preciso continuar con el estudio de los recursos como medio de impugnación. El recurso se define en sentido amplio como todo instrumento jurídico⁶³ que sirve como medio de impugnación. En efecto, se

sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución. El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes. La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto.

⁶² Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. *Resolución No. SPPLC/0059-06*. Resolución del 28 de septiembre del 2006. Citado en Mauricio Arosemena “El Abuso de Posición Dominante desde el Derecho Europeo de la Competencia: Una aproximación para las compañías ecuatorianas” *Artículos destacados Romero Menendez* (2005), p. 15.

⁶³ Ainhoagutiérrez Barrenengoa y Javier Larena. *El Proceso Civil, recursos, ejecución y procesos especiales*. Madrid: DYKINSON SL, 2005 p. 19.

menciona que “el sector más importante de los medios de impugnación está constituido por los recursos, es decir, por los instrumentos que se pueden interponer [...], por violaciones cometidas [...]”⁶⁴. Fix-Zamudio y Ovelle definen a los medios de impugnación como herramientas jurídicas creadas en un marco legal de carácter procesal que pueden “corregir, modificar, revocar o anular los actos y las resoluciones judiciales, cuando adolecen de deficiencias, errores, ilegalidad o injusticia”⁶⁵.

En términos generales los recursos cumplen una finalidad específica: subsanar y reparar los intereses de la parte que los acciona. Los recursos “han sido creados [...] como medio de corregir los errores, vicios, agravios o faltas, [...]”⁶⁶. Núñez extiende su criterio e incluso apela a que la finalidad de los recursos va más allá de los intereses de las partes, la efectiva administración de justicia. Al respecto este autor menciona:

[...], la finalidad del recurso consiste, primariamente, en obtener en interés de las partes decisiones correctas y, por tanto, justas, [...]. Con todo, la finalidad de los recursos no se agota en ello. Antes hay también un interés general por un eficaz sistema de recursos⁶⁷.

Los elementos analizados configuran el contexto de la conducta cuando un operador económico con posición dominante en un mercado relevante, acciona recursos judiciales y administrativos, individual o simultáneamente, uno o varios, donde los recursos podrán tener ciertos fundamentos, tener fundamentos, así como poseer o carecer de fundamentos; cuando ha detectado un competidor en el mercado donde opera y tiene como objetivo excluirlo.

⁶⁴ Hector Fix-Zamudio y Jose Ovelle. *Derecho Procesal*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1991, p. 1301.

⁶⁵ *Id.*, p. 1299.

⁶⁶ Raúl Núñez. “El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo”. *Ius et Praxis* 14/1 (2008), p. 2.

⁶⁷ *Id.*, p. 5.

2. Requisitos para determinar que existe abuso de recursos judiciales y administrativos en materia de competencia

En la sección anterior se contextualizó la conducta anticompetitiva en estudio. Corresponde ahora establecer qué requisitos deben cumplirse para poder concluir que nos encontramos frente a un abuso de recursos judiciales y administrativos en materia de competencia. En esta sección se hará una descripción de los dos requisitos básicos que dan lugar a esta conducta: que el operador económico haya accionado un recurso sin fundamento y que el fin verdadero del ejercicio de esa acción no sea otra que interferir en los negocios de su competidor. Cabe mencionar que si bien estos requisitos son lineamientos generales, ellos adquieren distintos matices dependiendo de la jurisdicción que estudie el caso particular⁶⁸.

a. Que el recurso accionado por el operador económico carezca de fundamento

Para que el ejercicio del derecho de defensa se considere en contra de la libre competencia, es necesario que se verifiquen dos cuestiones principalmente. La primera es inherente a la naturaleza del recurso en sí mismo. En este apartado se analizará la vacuidad del recurso como una herramienta para el ejercicio del derecho de petición.

En términos generales, un recurso carece de fundamento cuando el mismo es accionado sin sustento con relación a la pretensión que plantea. Cabe mencionar que el análisis referente a la falta de sustento de un recurso accionado, dependerá del contenido de la pretensión del demandante. En el caso de Europa, se establece la existencia de dos niveles principales donde puede analizarse que un recurso accionado carece de fundamento.

El primer nivel se da en el ámbito de la administración pública donde puede solicitarse el reconocimiento de un derecho que bajo estándares de razonabilidad no debería siquiera haber sido solicitado. Este es el caso de un peticionario que no cumple

⁶⁸ El análisis profundo de estos requisitos en su aplicación jurisprudencial de algunas jurisdicciones será objeto de estudio en el capítulo III.

con los requisitos mínimos establecidos por la administración para ostentar tal derecho. El segundo nivel recurre también a criterios de razonabilidad para determinar que un recurso carece de fundamentos, pero su diferencia radica en que este tiene lugar en el ámbito judicial y se manifiesta cuando el peticionario no tiene un argumento que pueda sostener su pretensión. Al respecto Borkowski manifiesta:

In general, sham practices may occur at two levels:— 1st: a deliberate practice leading to the grant of an exclusive right (e.g. a patent) to which the undertaking is not entitled (e.g. it is known to the undertaking that its patent application does not meet the patentability criteria, but nonetheless this undertaking pursues the application counting on an erroneous assessment of the patent office the “Type II error” scenario); 2nd: a deliberate use of an unfounded right in legal proceedings (e.g. the holder of an unfounded right initiates interim proceedings to block entry by its potential competitor; the interim proceedings do not usually touch upon the merits of the right)⁶⁹.

En el caso de la jurisprudencia estadounidense, se ha considerado también como un requisito esencial el que el recurso carezca de fundamento. Específicamente en el caso *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.* (508 U.S. 49, 113 S.Ct. 1920), la Corte Suprema en su análisis manifiesta que, para verificar la configuración de esta conducta, dos cuestiones deben comprobarse; primero mediante el test de la razonabilidad respecto del recurso accionado y solo una vez que se ha determinado dicha razonabilidad debe comprobarse la segunda, en la cual debe analizarse la intención del accionante y determinar que la misma buscaba interferir en los negocios y comercio de su competidor. Al respecto S.W.O’ Donnell manifiesta:

The Supreme Court’s opinion in *Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures Industries* represents the definitive case on the application of the *Noerr-Pennington* sham exception to litigation. The Supreme Court’s decision developed a two-tiered approach to determine whether a given lawsuit constituted a mere sham brought only for anticompetitive purposes. First, the claim must be objectively baseless such that a reasonable litigant would not expect a reasonable possibility of

⁶⁹ Traducción libre: En general las practicas falsas ocurren en dos niveles: 1ero: la deliberada conducta que busca el reconocimiento de un derecho exclusión (i.e. una patente) a la cual el peticionario no tiene derecho acceder (ejemplo: el peticionario sabe que la aplicación para la patente no cumple con los criterio de patentabilidad, sin embargo el peticionario persuade la aplicación basándose en un error por parte de la oficina de patente “Escenario Error Tipo II”. 2do: el uso deliberado de un derecho infundado en proceso legales (i.e. quien tiene un derecho infundado inicia medidas provisionales para bloquear la entrada a su potencial competidor, estos procesos usualmente no versan sobre los méritos del derecho. Filip Borkowski. Grounds for prosecuting sham practices under the EU system. *Óp. cit.*, p. 4.

prevailing. The definition employed by Justice Thomas's opinion borrowed from the common law tort claim of wrongful civil proceedings, which required a plaintiff to show that the defendant did not have probable cause for bringing the suit. This new standard for baselessness overruled those circuits that required a showing that the litigant did not personally expect, or intend, to succeed on the merits of the litigation.⁷⁰

Tanto la prueba objetiva como la subjetiva, son criterios que han sido utilizados en el marco europeo. Es así que en el caso ITT Promedia, si bien se reconoce la importancia del derecho de petición así como el de la tutela judicial, se destaca que estos pueden ser limitados y que tal límite tiene lugar cuando, bajo estándares de razonabilidad, el peticionario ha accionado un recurso sin tener como objetivo defender un derecho o que se le resarza un daño; y cuando se determina que la finalidad de la acción o recurso entablada es la de eliminar a su competidor. En un análisis oficial de la Comisión Europea se menciona:

In its ITT Promedia Decision, the Commission rejected a complaint of vexatious litigation bases on the consideration that in principle the bringing of an action [before a court], which is the expression of the fundamental right of access to judge, cannot be characterized as an abuse “unless” an undertaking in a dominant position bring an action (i) which cannot reasonable be considered as an attempt to establish it rights and can therefore only serve to harass the opposite party [...]⁷¹

Puede verse entonces que el hecho de que un recurso carezca de fundamento, no únicamente representa el ejercicio abusivo de una herramienta otorgada por el aparato estatal para solicitar la defensa de un derecho o su reconocimiento, sino que pasa a ser

⁷⁰ Traducción libre: La opinión de la Corte Suprema en *Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures Industries* representa el caso definitivo de aplicación de la excepción de Noerr-Pennington. La decisión de la Corte Suprema ha desarrollado dos niveles para determinar si una demanda constituye una falsedad traiga para propósitos anticompetitivos. Primero la petición no debe tener fundamentos objetivos tales que un litigante razonable podría esperar tener éxito. Esta definición empleada por Justice Thomas, opinión tomada del derecho de daños de los inadecuados procesos civiles que requiere al peticionario demostrar que el acusado no tenía causa probable para accionar el juicio. Este nuevo estándar de no fundamentación regulo a aquellos circuitos que requerían demostrar que el litigante personalmente no espera o tenía la intención de tener éxito en los méritos del juicio. S.W.O.' Donnell. “Unified Theory of Antitrust Counterclaims in Patent Litigation.” *Virginia Journal of Law & Technology* (2004), p. 7.

⁷¹ Traducción libre: En esta decisión ITT Promedia, la comisión rechazó la denuncia de litigación abusiva en base a la consideración de que en principio el activar una acción ante la corte que es la expresión del derecho fundamental de acceso a la justicia, no puede ser caracterizada como un abuso al menos que el peticionario en una posición dominante entable una acción que razonablemente no puede considerarse como un intento de restablecer el derecho de esta sino que sirve para amedrentar a la parte oponente. Filip Borkowski. *Grounds for prosecuting sham practices under the EU system. Óp. cit.*, p. 15.

una práctica anticompetitiva cuando esta es accionada para procurar un daño a un operador económico determinado. En este sentido, Álvarez menciona que el ejercicio del derecho de petición no representa un verdadero ejercicio de la participación ciudadana en el “sentido de no aspirar a conseguir de los poderes públicos la reparación de un agravio del peticionario, sino que, por el contrario, [...] no estaríamos en presencia del ejercicio de ningún derecho constitucional sino [...] de una actividad contraria al principio de libre competencia [...]”⁷².

b. Que el operador económico haya actuado con la finalidad de interferir en los negocios de su competidor

El que un operador haya actuado con la finalidad de interferir en los negocios de su competidor, es el segundo requisito que debe configurarse para determinar la existencia de *Sham Litigation*. Este requisito debe establecerse simultáneamente, o en algunos casos precedido por el requisito anterior: que el recurso carezca de fundamento. Lo importante aquí es resaltar que esta interferencia en los negocio del competidor puede darse en distintos escenarios; sean estos evitar la entrada del competidor, detenerla o retrasarla, eliminarlo o prevenir el desarrollo de sus relaciones comerciales.

En relación con el primer escenario, es evidente que una de las formas en que un operador puede interferir de manera directa en los negocios de su competidor, es evitándole a este último entrar a determinado mercado donde el primero ostenta una posición dominante. Un ejemplo de lo dicho se desarrollo en Chile en el proceso entablado por la Fiscalía Nacional Económica contra la Compañía Chilena de Fósforos S.A., donde esta última es requerida a causa de abusar de su posición de dominio en la modalidad de litigios espuriosos. En este caso particular, la Fiscalía requiere a este operador económico por cuanto ha entablado acciones sin base sólida, pero además porque éstas en su conjunto solo han buscado evitar la entrada de su competidor. De ahí

⁷² Santiago Álvarez.”*El Derecho de Petición. Estudio de los sistemas español, italiano, alemán, comunitario y estadounidense*. Granada: Comares, 2000. Citado en Alfredo Bullard y Alejandro Falla. “El abogado del Diablo”: El abuso de Procesos Legales o Gubernamentales como Practica Anticompetitiva.”*Op., cit.*, p. 51.

que esta finalidad sea catalogada en contra del derecho de la libre competencia. A continuación un pasaje de la Fiscalía respecto a este segundo requisito.

Pero a aquel boicot, CCF sumó su práctica ya habitual de utilizar los mecanismos destinados a proteger la propiedad industrial e intelectual con el mismo objeto excluyente, cuestionando el diseño de la marca utilizada por su competidor, Puerto Varas, y hasta su dominio fosforospv.cl, en ambos casos sin éxito. La Suprema Corte de los Estados Unidos ha denominado este comportamiento como “litigios espurios” (vexatious litigation), que sin base objetiva sólida, tienen por objeto al menos retardar o amedrentar a un competidor, lo que ese H. Tribunal tuvo ocasión de sancionar en su Sentencia N° 47/2006, señalando al efecto que “el conjunto de acciones legales por las que SPL obstruyó la habilitación de un segundo puerto para el embarque de sal en la Región de Tarapacá, tuvo como efecto evitar la potencial entrada de nuevos competidores en el mercado doméstico de la sal, particularmente de un competidor relevante -Cordillera- con capacidad para desafiar competitivamente la posición de dominio de SPL en el mercado doméstico de la sal, sea mediante la explotación de sus concesiones mineras, o bien comprando sal de otros productores;” y “Que, por lo tanto, las acciones y peticiones .en principio legítimas pueden ser constitutivas de infracciones que a este Tribunal le corresponda inhibir y sancionar, cuando tengan por inequívoca finalidad impedir, restringir o entorpecer la libre competencia...”.⁷³

En cuanto al segundo escenario, referente a la interferencia de un operador económico en los negocios de su competidor, a través de lograr el retraso en la entrada de su competidor, es necesario resaltar que esto tiene lugar a partir de un análisis económico que hace el competidor que ostenta la posición dominante en un mercado relevante, donde se verifica cuales serían los costos a incurrirse para retrasar la entrada de un competidor; frente a las ganancias que dejarían de producirse una vez que tal competidor ingrese a este mercado. Cuando de ese análisis los costos a incurrirse resultan menores a las posibles pérdidas, un operador económico dominante puede elegir la primera opción y contravenir así, la libre competencia. En esta misma línea Guimarães de Lima manifiesta:

[S]ham litigation - that is, [...] abusive litigation before administrative or judicial courts by firms that have no reasonable grounds for their claims, but anticipate that the costs of litigation will be lower in relation to the benefits to be obtained from the delay of the entrance of a competing product on the market during the period of the litigation⁷⁴.

⁷³ Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia. *Caso Fiscalía Nacional Económica vs Compañía Chilena de Fósforos*. Requerimiento del 20 de junio del 2008.

⁷⁴ Traducción libre: Litigación engañosa que es la litigación abusiva ante cortes administrativas o judiciales por operadores económicos que no tienen fundamento para sus peticiones pero que anticipan

Otro de los escenarios de interferencia de un operador, es la búsqueda de la forma de eliminar a un competidor ya existente. Este caso tiene ciertas particularidades, por cuanto por un lado tenemos un operador económico que ostenta una posición dominante, pero por otro tenemos un operador económico que si bien puede no ostentar esta posición, va incursionando en el mercado de tal manera que resulta una amenaza para el operador económico con poder de mercado. En este caso, este último busca amedrentar a su competidor y para ello utiliza uno o varios recursos judiciales, pero siempre con la finalidad de eliminar del mercado a su competidor. Al respecto S.W.O' Donnell menciona que en principio el derecho de petición no puede ser un abuso; pero esto tiene su excepción cuando este ha tenido como finalidad eliminar a un competidor. Al respecto el autor menciona:

[I]n principle the bringing of an action [before a court], which is the expression of the fundamental right [...] “unless” an undertaking in a dominant position bring an action [...] which only serve to harass the opposite party, and [...] which is conceived in the framework of a plan whose goal is to eliminate competition.” [Source: Commission Decision of 21 May 1996, ITT Promedia, Case 35268, point 11]⁷⁵

Este criterio de interferencia en los negocios del competidor, se evidencia de igual manera cuando el operador económico busca entorpecer el libre desarrollo de las actividades económicas de su competidor. Este criterio ha sido reiterado tanto por doctrina como por jurisprudencia comparada. Al respecto la doctrina indica:

Only after a showing of the objectively baseless nature of the litigation does the analysis turn to the subjective motivation. Under the subjective motivation prong of the test, a litigant must show that the purpose of the litigation was to invoke the governmental processes in a scheme to directly interfere with the business relations of a competitor⁷⁶.

que el costo de la litigación será menor en relación a los beneficios que se obtengan de la demora de la entrada de un producto competidor en un mercado durante el tiempo de la litigación. Valéria Guimarães de Lima e. Silva. “Sham Litigation in the Pharmaceutical Sector” ... *Óp. cit.*, p. 5.

⁷⁵ Traducción libre: En principio entablar una acción ante una Corte, es la expresión del derecho fundamental al menos que el peticionario que ostenta una posición dominante entable esta acción para amedrentar al opositor algo que está contemplado en el marco de su objetivo que es el de eliminar la competencia. Filip Borkowski. Grounds for prosecuting sham practices under the EU system. *Óp. cit.*, p. 15.

⁷⁶ Traducción libre: Solo una vez que se ha demostrado de manera objetiva la naturaleza vacía de la litigación se pasa al análisis de la motivación subjetiva. Bajo la motivación subjetiva un litigante debe

Puede verse entonces que este segundo requisito plantea un análisis de tipo subjetivo, donde lo que se debe estudiar es la intención en si misma, es decir la intención que tenía el operador para iniciar el aparato estatal en supuesta defensa o reconocimiento de un derecho. Sin embargo este análisis de subjetividad resulta bastante complejo y delicado, pues nos encontramos aquí frente a una determinación que solo podrá medirse en virtud de los resultados o potenciales efectos que podrían haberse derivado de ella misma. Con relación a este tema, en la jurisprudencia comparada encontramos el caso *Meijer, Inc., Meijer Distribution, Inc vs Ferring B.V., Ferring Pharmaceuticals, Inc., Aventis Pharmaceuticals, Inc.* donde la Corte, luego de analizar toda la incidencia e importancia de la Doctrina *Noerr-Pennington*, abre la puerta a su excepción donde el derecho del peticionario puede limitarse si dos cuestiones se evidencian. Una de ellas es, la finalidad del operador económico en cuanto a interferir en las relaciones de negocio del competidor. Al respecto la Corte de Apelación del Segundo Circuito señala:

Generally, under the Noerr-Pennington doctrine, citizen petitions are immune from antitrust liability in light of the First Amendment.[...] Noerr-Pennington protection is not absolute, however. When petitioning activity "ostensibly directed toward influencing governmental action[...] is a . . . sham to cover what is . . . nothing more than an attempt to interfere directly with the business relationships of a competitor, [then] the application of the Sherman Act would be justified." Noerr, 365 U.S. at 144. This sham exception requires that the petition be "(i) 'objectively baseless,' and (ii) '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.'"⁷⁷

mostrar que el propósito de la litigación era el de invocar los procesos administrativos en tal forma que se buscaba interferir directamente en las relaciones de negocio de competidor. S.W.O. Donnell. "Unified Theory of Antitrust Counterclaims in Patent Litigation" *Óp. cit.*, p. 7.

⁷⁷ Traducción libre: Generalmente por la doctrina Noerr-Pennington Las peticiones de los ciudadanos son inmunes a la responsabilidad en materia anti-competencia a la luz de la Primera Enmienda. La protección Noerr-Pennington no es absoluta, sin embargo. Cuando la actividad de un peticionario esta direccionada a influenciar la acción del gobierno, esto falso para cubrir lo que es nada más que un intento de interferir directamente con las relaciones de negocio del competidor [entonces] la aplicación de la Sherman Act se justifica. Noerr, 365 U.S. at 144. Este excepción a la falsedad requiere que el la petición carezca de fundamento y que sea un intento directo a interferir en las relaciones de negocios del competidor a través del uso de procesos administrativos de manera oeste al resultado de esos procesos como una arma anticompetitiva. Corte de Apelación del Segundo Circuito de los Estados Unidos. *Expediente. No. 06-5525-cv.* Decisión del 16 de octubre del 2009.

En lo que concierne al caso ecuatoriano, nuestra reciente Ley en materia de competencia da un tratamiento bastante sencillo a los requisitos para que se configure la conducta de *Sham Litigation*. Es así que la Ley en el numeral 18 de su artículo 9 menciona:

Art. 9.- Abuso de Poder de Mercado.- Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general. En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son: 18. La implementación injustificada de acciones legales que tenga por resultado la restricción del acceso o permanencia en el mercado de competidores actuales o potenciales⁷⁸.

Puede verse entonces que nuestra ley contempla los dos requisitos antes estudiados. Sin embargo, algo que debe subrayarse, es que ley ha limitado a la configuración de esta práctica el ejercicio de acciones legales, dejando de lado los recursos en sede administrativa; esto en caso de realizar una interpretación estrictamente literal. Se verá luego que para efectos de la infracción, sí se conciben a los recursos administrativos. En lo que respecta al primer requisito, la ley menciona que las acciones legales deberán ser injustificadas para configurar la conducta. No obstante no se hace mención alguna a los criterios a los que ha de recurrirse para determinar esto, algo que no sucede en el caso europeo y estadounidense donde se usa el criterio de la razonabilidad.

En cuanto al segundo requisito, nuestra ley no hace mención a una interferencia en los negocios del competidor, pero da suficiente importancia a los efectos derivados de estas acciones injustificadas en lo que concierne la posición de un competidor en el mercado. En este sentido, nuestra ley incluye tres escenarios para determinar esta conducta por parte de un operador económico, siendo estas; la restricción, el acceso y permanencia en el mercado. En cuanto a los competidores deja también una puerta abierta para que esta práctica sea sancionada no solo en caso de afectar a un competidor actual sino a uno potencial.

⁷⁸ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Art. 2. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

Del análisis realizado respecto a los requisitos para determinar que existe abuso de recursos judiciales y administrativos en materia de competencia debemos destacar que estos son concebidos de igual manera tanto en Estados Unidos como en Europa. En lo que se refiere a Latinoamérica, esta última zona geográfica ha tomado como base los parámetros seguidos tanto por Europa como por Estados Unidos. De ahí que los requisitos verificadores de que el recurso accionado por el operador económico carezca de fundamento, así como el requisito subjetivo de haber actuado con la finalidad de interferir en los negocios de su competidor; sean utilizados en estos tres ámbitos con una específica adaptabilidad a cada caso particular⁷⁹.

C. El rol del Derecho Administrativo Sancionador

Una vez que se hayan configurado los requisitos⁸⁰ para determinar que nos encontramos frente a la conducta del abuso de recursos judiciales y administrativos para impedir la entrada de un competidor al mercado, entra en acción el Derecho Administrativo sancionador, específicamente su potestad sancionadora; por lo que tendrá lugar la defensa del derecho a la libre competencia, cuando este se ha visto menoscabado por el ejercicio abusivo del derecho de petición y tutela efectiva.

El Derecho Administrativo Sancionador es una rama del Derecho Público, específicamente del Derecho Administrativo; que estudia el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado y que tiene como finalidad proteger de forma indirecta el interés general. Conforme menciona Ahumanda, este:

[T]iende a proteger el interés general o los derechos de los ciudadanos, pero no de una forma directa sino indirecta. [...] es eminentemente preventivo, que tiende a que los ciudadanos no realicen aquellas conductas que puedan provocar lesión de los derechos de los demás o la lesión de los intereses generales. De ahí que, aunque a veces la imposición requiere que se haya producido un resultado lesivo concreto,

⁷⁹ La aplicación de los requisitos será estudiada en el Capítulo III.

⁸⁰ Nótese que los requisitos para la configuración de la conducta anticompetitiva varían respecto de las jurisdicciones en que la misma se efectúe.

frecuentemente basta con se haya producido el incumplimiento de una norma que fue dictada para proteger determinados bienes o derechos⁸¹.

Puede verse entonces que, como menciona Gómez; el Derecho Administrativo sancionador es sin duda una manifestación de la potestad punitiva del Estado, entendida como la facultad que tiene éste de imponer sanciones ante la comisión de ilícitos⁸². En materia de competencia, éste Derecho resulta fundamental para la protección del derecho a la libre competencia pues es por su intermedio que se activa el engranaje que permite determinar la ilicitud de la conducta así como la imposición de una sanción.

En lo que corresponde a nuestra jurisdicción, la potestad sancionadora de la administración en materia de competencia no contaba con una única autoridad de competencia, por lo que las distintas causas en esta materia habían sido conocidas y resueltas por diferentes instituciones, tales como el Ministerio de Industrias y Productividad, y el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual⁸³.

No fue sino hasta la vigencia de la actual Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado que se consagró la existencia de la autoridad de competencia determinándose como ésta a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. En efecto, no fue sino hasta el pasado 31 de julio que Pedro Páez fue elegido como Superintendente y asumió el cargo el 7 de septiembre de 2012.

En lo concerniente al tratamiento jurisprudencial que se ha dado a la potestad administrativa sancionadora, debe destacarse que no puede ser ejercida de manera ilimitada. En efecto, debe someterse a una serie de principios que se incluyen en el Derecho Administrativo, tales como son la razonabilidad de la sanción, la reserva de ley y el debido proceso. Un ejemplo de la importancia de estos principios lo vemos expresado en el tratamiento que se da a esta potestad en Perú, donde Santos manifiesta:

⁸¹ Francisco de Ahumada, *Materiales para el estudio del Derecho Administrativo Económico*. Madrid: DYKINSON SL, 2001 pp. 97-98.

⁸² Manuel Gómez. "Derecho administrativo sancionador (parte general). Teoría general y práctica del derecho penal administrativo". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (2010), pp. 411.

⁸³ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Disposición Transitoria Tercera. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

Dicha potestad, como cualesquiera otra reconocida a la Administración Pública, no podrá nunca ser ejercida de manera ilimitada o arbitraria, encontrando obligatorio cauce de realización en los denominados principios de la potestad sancionadora administrativa, los cuales, en el caso peruano, se encuentran consagrados en el artículo 230 de la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en adelante LPAG, pautas que regirán siempre todo el umbral de actuaciones que involucre la facultad de las entidades para determinar que una conducta es susceptible de ser sancionada.⁸⁴

El antes mencionado principio de razonabilidad fue analizado por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia de Perú, en el caso de la “Asociación de Operadores de Ferrocarriles de Perú – Apofer en contra de Ferrocarril Trasadino S.A.; Perú Rail S.A., Perúval Corp. S.A., y Peruvian Trains & Railways S.A., por abuso de posición de dominio en los mercados de administración ferroviaria del ferrocarril [...] en la modalidad de abuso de procesos legales [...]”⁸⁵. Al respecto se menciona en uno de sus considerandos que:

De acuerdo al principio de razonabilidad, el beneficio producido por la infracción no debe ser mayor que la sanción, puesto que, de ser así, existirían incentivos para cometer la infracción. Para que los administrados adecuen sus conductas al ordenamiento jurídico, el beneficio esperado de no cumplir la ley debe ser menor o igual al beneficio esperado de cumplirla. De lo contrario, el beneficio (privado) obtenido de incumplir la ley sería mayor que el beneficio obtenido de cumplirla, razón por la que los administrados podrían optar por cometer la infracción. [...] Sin embargo, no en todos los casos será suficiente con fijar una sanción que sea mayor o igual al beneficio extraordinario obtenido por el infractor a partir de la trasgresión de la norma. Deberá tenerse en cuenta también la probabilidad de detección de la infracción. En efecto, en el caso que la infracción sea difícil de detectar, al momento de decidir si lleva a cabo la conducta prohibida, el administrado puede considerar que, pese a que el beneficio extraordinario no supera a la sanción aplicada, le conviene infringir la norma si no existe mayor probabilidad de que sea detectado. Por lo tanto, para desincentivar una infracción que difícilmente será detectada es necesario imponer una multa más elevada a los infractores, a efectos de que sean conscientes de que, si bien puede ser difícil que su infracción sea detectada, en caso de que ello ocurra, recibirán una sanción significativa. En ese sentido, la multa deberá ser mayor o por lo menos igual al beneficio extraordinario dividido entre la probabilidad de detección. Ello garantiza que las sanciones administrativas tengan realmente un efecto disuasivo⁸⁶.

⁸⁴ Carlos Santos. “Derecho administrativo sancionador y responsabilidad objetiva” *Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho* (2010), pp. 741-741.

⁸⁵ Comisión de la Defensa de la Libre Competencia. *Expediente 009-2008/CLC*. Resolución 026-201/CLC-INDECOPI. Resolución del 3 de mayo de 2010.

⁸⁶ *Id.*, p 77.

De las cuestiones antes expuestas, se desprende la importancia que caracteriza al Derecho Administrativo Sancionador y particularmente al ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, toda vez que estas permiten proteger la libre competencia y por ende el interés general, de tal manera que se ocupa de prevenir la conducta anticompetitiva, verificarla y de sancionarla; cuestión que se realiza velando siempre por principios fundamentales del Derecho Administrativo como el de razonabilidad.

En lo que concierne al tratamiento ecuatoriano, la conducta materia de este escrito: *Sham Litigation* esta consideraba bajo nuestra Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado como una infracción grave, siendo éste es el segundo estándar de rigurosidad establecido por nuestra ley. Al respecto el artículo 78 de esta Ley manda:

Art. 78.- Infracciones.- Las infracciones establecidas en la presente ley se clasifican en leves, graves y muy graves. 2. Son infracciones graves: e. La utilización infundada, deliberada y reincidente de incidentes legales o judiciales o recursos administrativos que impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o retrasen o impidan la aplicación de las normas previstas en esta ley⁸⁷.

Para este estándar, nuestra legislación ha previsto en su artículo 79 que las infracciones graves serán sancionadas con una “multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior a la imposición de la multa”⁸⁸.

III. Análisis jurisprudencial del uso de recursos judiciales y administrativos como práctica anticompetitiva en un mercado relevante con base a un derecho patente

Una vez que se ha demostrado que el derecho de petición puede ser limitado excepcionalmente cuando se han verificado ciertos requisitos que hacen necesario que el Estado a través de su potestad administrativa sancionadora, reprima esta conducta de abuso; es menester analizar la aplicación de estos criterios en la jurisprudencia. Con este

⁸⁷ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Art. 78. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

⁸⁸ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Art. 79. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

motivo el capítulo se divide se tres secciones principales: análisis del origen jurisprudencial de *Sham Litigation*, análisis de jurisprudencia estadounidense y europea; y, análisis de de *Sham Litigation* en un mercado relevante con base a un derecho patente; su aplicación en la Latinoamérica: el caso de Ecuador.

En lo correspondiente a la primera sección, se estudiara primero la Doctrina *Noerr Pennington*, donde se analizarán los casos *Eastern Railroad Presidents Conference (ERPC) v. Noerr Motor Freight, Inc.*, y *United Mine Workers v. Pennington*. Una vez analizado, esto se estudiará la excepción Sham tratada doctrinariamente como excepción a Doctrina *Noerr-Pennington* donde el caso de análisis será *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*.

En cuanto a la segunda sección, se procederá con el análisis de jurisprudencia Estadounidense y Europea. En lo concerniente a Estados Unidos se analizará el caso *CSU LLC v Xerox Corporation*. En cuanto a Europa se analizará el caso *ITT Promedia NV contra Comisión de las Comunidades Europeas* y se distinguirá el caso de *AstraZeneca vs Comisión Europea*.

Una vez analizado el tratamiento jurisprudencial de la conducta en el derecho comparado, en la tercera sección se analizará *Sham Litigation* en un mercado relevante con base a un derecho patente y su aplicación en la Latinoamérica, específicamente el caso de Ecuador. Por tal razón esta sección se divide en dos. En la primera se definirá al derecho de patente, para posteriormente, en la segunda, pasar al análisis de la jurisprudencia ecuatoriana. En este último punto se analizarán los casos Acromax Laboratorio Químico Farmacéutico S.A y Pfizer Ireland Pharmaceuticals; Resolución del Ministerio de Industrias y Productividad No. MIPRO-001-2011 el Caso Pfizer; y la Resolución del Ministerio de Industrias y Productividad No. MIPRO-003-2011 Susej S.A. vs Eli Lilly Interamerica Inc.

A. Análisis del origen jurisprudencial de *Sham Litigation*

Como se ha dicho antes, *Sham Litigation* es el equivalente a la conducta abuso de recursos judiciales y administrativos en materia de competencia. Con motivo de analizar a cabalidad esta conducta, se efectuará un estudio de la regla general en

la materia, para continuar con la excepción específica.

1. La Doctrina Noerr Pennington

Como se consideró anteriormente ⁸⁹, el abuso de recursos judiciales y administrativos surge como excepción a la doctrina *Noerr Pennington* ⁹⁰. Esta doctrina está compuesta por dos casos que se consideran pilares fundamentales el momento de analizar esta conducta. Estos son: *Eastern Railroad Presidents Conference (ERPC) v. Noerr Motor Freight*, 365 U.S. 127 (1961); y *United Mine Workers v. Pennington*, 381 U.S. 657(1965). Siendo así, en esta sección se analizará en primer orden el caso *Noerr* para posteriormente analizar el caso Pennington.

a. Eastern Railroad Presidents Conference (ERPC) v. Noerr Motor Freight

En lo que corresponde al caso *Noerr*, debe verse como antecedente que tanto *Noerr* como ERPC eran operadores económicos que ostentaban el mismo mercado: el transporte pesado de larga distancia. La controversia que da origen a la demanda de *Noerr* se debe a que ERPC, junto con una agencia de publicidad denominada Byoir ejecutan varias actuaciones con la finalidad de que se adopten distintas leyes que eviten y sancionen a los camiones, circular por las carreteras de Pensilvania ⁹¹. Las acciones encaminadas a una acción legislativa son consideradas por *Noerr* como suficientes para determinar la violación de la Sherman Act tanto en su sección 1 como 2. *Noerr Motor Freight* demanda a *Eastern Railroad Presidents Conference* por haber actuado con el objetivo de restringir la competencia y monopolizar el negocio de transporte pesado de larga distancia ⁹².

⁸⁹ Ver capítulo I.

⁹⁰ American Bar Association. *Monograph 25, The Noerr-Pennington Doctrine*. Chicago: ABA Publishing, 2009 p 7.

⁹¹ Corte Suprema de Estados Unidos de América. *Caso Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, 365 U.S. 127, 20 de febrero de 1961.

⁹² *Ibíd.*

Como respuesta a esta acusación, ERPC reconoce que ha realizado varios actos, así como una campaña publicitaria para lograr que se aprueben leyes de mayor rigurosidad para los camiones. Sin embargo manifiesta que en la ejecución de esos actos no existió el deseo de afectar a los camiones⁹³. Posteriormente ERPC contrademanda a *Noerr* aludiendo la violación de la Sherman Act tanto en sus secciones 1 y 2 fundamentándose en que utilizó la propaganda para destruir el negocio de los ferrocarriles.

El análisis que realiza la Corte Suprema concluye que las acciones que son ejecutadas para obtener una respuesta determinada del gobierno como la creación de una ley, no se encuentran penadas bajo la Sherman Act⁹⁴. En efecto, la Corte manifiesta que pese a que, estas acciones, que estaban encaminadas a que pase una ley que afectaría a un grupo determinado como es el caso de los camiones de transporte pesado de larga distancia; no puede concluirse per se que haya existido una violación a la Sherman Act por cuanto son acciones legales que garantizan el derecho de los ciudadanos⁹⁵.

Habiendo sentado esto, la Corte expone que el derecho de petición es un derecho de orden Constitucional y que al ser una libertad tan importante, no puede pretenderse limitarla por una norma cuyo objeto esencial es regular la actividad comercial, mas no la actividad política⁹⁶.

Considero que la decisión de la Corte Suprema en el caso *Noerr* fue muy asertiva. No obstante, a primera vista resulta particular el hecho de que la Corte reconozca que ciertas actuaciones políticas pueden acarrear efectos que perjudiquen a un competidor; y que éstas tienen inmunidad frente a una norma que regula la competencia. Ésta decisión deja de ser particular una vez que es analizada, por cuanto se ve que las actuaciones de ERPC si bien buscaban beneficios propios que afectarían a su competencia, estaban

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Ibid.*

enmarcadas en una libertad fundamental reconocida constitucionalmente⁹⁷; el derecho de petición.

El tratamiento que da la Corte a éste derecho se lo hace en el marco del ejercicio político de cualquier ciudadano, considerando en base al cual la Corte determina que estos actos nos son materia de regulación por normas de competencia, toda vez que particularmente la Sherman Act prohíbe actividades que puedan restringir el comercio interestatal y la competencia en el mercado⁹⁸.

En el presente caso las partes se acusaron de haber violado la Sección 1 y 2 de la Sherman Act que establecen que, todo acto o contrato hecho en conspiración para frenar el comercio o transacciones entre varios estados o naciones extranjeras, se considera ilegal; y que el monopolio está prohibido, así como la tentativa de monopolizar cualquier aspecto de transacciones o comercio interestatal; actos que se consideran delito⁹⁹. Sin embargo la Corte concluye que no existió violación alguna a la Sherman Act, hace un paréntesis al respecto y menciona lo siguiente:

There may be situations in which a publicity campaign, ostensibly directed toward influencing governmental action, is a mere sham to cover what is actually nothing more than an attempt to interfere directly with the business relationships of a competitor and the application of the Sherman Act would be justified¹⁰⁰.

La cita anteriormente expuesta es el mayor aporte de esta sentencia para el análisis de esta conducta por cuanto establece que el ejercicio del derecho de petición puede ser limitado de manera excepcional únicamente cuando se han configurado determinados supuestos: que la acción que se ejercita sea únicamente una apariencia pues lo que en

⁹⁷ *Ibíd.*

⁹⁸ Cornell University Law School. La primera enmienda.
http://www.law.cornell.edu/wex/sherman_antitrust_act (acceso:29/07/2012)

⁹⁹ *Ibíd.*

¹⁰⁰ Traducción Libre: Existirán situaciones en las cuáles una campaña publicitaria este aparentemente direccionada a influenciar la acción gubernamental, en cuyo caso se trate de una simple falsedad para cubrir lo que actualmente no es nada más que un intento para interferir en las relaciones de negocio de un competidor, entonces la aplicación de la Sherman Act estaría justificada. Corte Suprema de Estados Unidos de América. *Caso Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, 365 U.S. 127, 20 de febrero de 1961.

realidad hay tras ella es un engaño, y que este engaño se hace con la finalidad de perjudicar los negocios del competidor. Se ve entonces los dos requisitos analizados en la sección B del capítulo II para determinar la configuración de la conducta.

b. United Mine Workers v. Pennington

El caso Pennington surge a raíz de una controversia entre los fideicomisarios del Fondo “*United Mine Workers of America (UMW)*” y *Pennington*. UMW demanda a Pennington por pago de regalías bajo el Convenio National Bituminous Coal Wage de 1950¹⁰¹. Pennington a su vez contra demanda a UMW alegando que éste junto a otros grandes agentes operadores de la industria de carbón han conspirado en violación de la sección 1 y 2 de la Sherman Act¹⁰².

De los hechos del caso se desprende que UMW realizó acuerdos con determinados grupos de empleadores, con el fin de establecer en términos específicos en el Convenio Bituminous¹⁰³, un incremento de las regalías a pagarse en la industria del carbón sin distinción entre las empresas de la industria y su capacidad económica. En lo que respecta al demandado, éste argumenta que el incremento del salario era únicamente una excusa para afectar a los productores pequeños de carbón, específicamente a la compañía Phillips Brother Coal Company¹⁰⁴, y dejarlos fuera del mercado. Es a través de estos actos que la UMW logra obtener del Secretario Laboral el establecimiento del salario mínimo para la industria del carbón en monto mayor al de otras industrias.

Posteriormente la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito falla en contra de UMW estableciendo incluso la posibilidad de reclamar daños de conformidad con la Sherman Act¹⁰⁵. Algo que debe subrayarse es que si bien la Corte de Apelaciones resolvió considerando el caso Noerr; esta Corte limita el alcance de la decisión y manifiesta que

¹⁰¹ Corte Suprema de Estados Unidos de América. *Caso United Mine Workers v. Pennington*, 381 U.S. 657, 7 de junio de 1965.

¹⁰² *Ibíd.*

¹⁰³ *Ibíd.*

¹⁰⁴ *Ibíd.*

¹⁰⁵ *Ibíd.*

la conducta es ilegal siempre y cuando se llegue a probar que existió el propósito ilegal, pues es precisamente éste propósito probado, el que convierte a una conducta que normalmente sería legal, en ilegal¹⁰⁶. Al respecto la Corte de Apelaciones manifiesta:

The jury was instructed that the approach to the Secretary of Labor was legal unless part of a conspiracy to drive small operators out of business and that the approach to the TVA was not a violation of the antitrust laws “unless the parties so urged the TVA to modify its policies in buying coal for the purpose of driving the small operators out of business¹⁰⁷.”

Este caso fue llevado ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, que en su análisis determinó que no se había cometido violación a la Sherman Act. Esta decisión fue resultado del mayor aporte en este caso para el análisis de la conducta de la presente tesina. Al respecto la Corte estableció:

Joint efforts to influence public officials do not violate antitrust laws though intended to eliminate competition. Such conduct is no illegal, either standing alone or as part of a broader scheme itself violative of the Sherman Act¹⁰⁸.

El aporte sustancial de la Corte se debe a que al reiterar el criterio emitido en el caso *Noerr*, muestra incluso de forma más directa que, pese a que los efectos del ejercicio del derecho de petición conlleven la intención de eliminar al competidor, éste sigue considerándose un ejercicio legal, pues significa el poder acudir a uno de los órganos del gobierno.

¹⁰⁶ *Ibíd.*

¹⁰⁷ Traducción Libre; el jurado fue instruido que el acercamiento al Secretario Laboral fue legal sino por la parte de conspiración referente a sacar del negocio a pequeños operadores; y que, el acercamiento al TVA no era una violación de las leyes de competencia sino por que las partes buscaban que TVA modificara su políticas referentes a la compra de carbón de tal manera que se eliminaría der mercado a los operadores pequeños. Corte Suprema de Estados Unidos de América. *Caso United Mine Workers v. Pennington*, 381 U.S. 657, 7 de junio de 1965.

¹⁰⁸ Traducción Libre; Esfuerzos comunes para influenciar funcionarios públicos no violan las leyes de competencia a pesar de su intención en eliminar a la competencia. Esta conducta no es ilegal, sea que medie por si sola o como parte de un escenario extenso que viola la Sherman Act. Corte Suprema de Estados Unidos de América. *Caso United Mine Workers v. Pennington*, 381 U.S. 657, 7 de junio de 1965.

2. La excepción a Doctrina Noerr-Pennington: California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited

El caso que completa la doctrina *Noerr-Pennington* y su excepción es *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*. Como se vio previamente, el caso *Noerr* establece como excepción la inmunidad a la legislación antimonopolista cuando se trata de actividades políticas ejercidas por los ciudadanos. Sin embargo la Corte manifiesta que esta inmunidad no es aplicable cuando dichos actos han sido usados únicamente como una pantalla falsa para cubrir la intención del interferir y afectar los negocios del competidor. El Caso *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited* desarrolla el análisis respecto de esta excepción a la inmunidad antimonopolista, haciendo referencia a los órganos administrativos y a las Cortes.

El presente caso versa sobre una disputa entre dos transportistas de carretera en California por cuanto se alega que *Trucking Unlimited* ha conspirado para monopolizar el mercado del transporte de bienes mediante el establecimiento de procesos y acciones para impedir a *California Motor Transport Co.* registrar y adquirir derechos para operar como transportista¹⁰⁹.

El mencionado caso llega a la Corte Suprema que en su análisis destaca la similitud de éste con el caso *Noerr*, toda vez que se ha alegado la aplicación de la inmunidad *Noerr* en virtud del derecho de petición¹¹⁰. Al respecto la Corte subraya que el razonamiento utilizado en *Noerr* se sentó en dos argumentos esencialmente, por un lado la actividad política en una democracia representativa donde los ciudadanos tienen derecho de acceder al órgano legislativo; y por otro en el derecho de petición cuya garantía es de suma importancia para el Estado¹¹¹.

¹⁰⁹ Corte Suprema de Estados Unidos de América. *Caso California Motor Transport Co. V. Trucking Unlimited*, 404 U.S. 508, 13 de enero de 1972.

¹¹⁰ *Ibíd.*

¹¹¹ *Ibíd.*

Asimismo la Corte destaca que éste razonamiento fue reiterado en el caso Pennington y que ésta inmunidad es aplicable indistintamente de que órgano del gobierno se trate¹¹². Sin embargo, como se vio en el caso *Noerr*, bajo ciertas circunstancias dicha inmunidad no tiene lugar y las leyes antimonopolistas son aplicables. Al respecto la Corte deja claro el alcance de la excepción *Sham* y manifiesta:

Petitioners rely on our statement in Pennington that 'Noerr shields from the Sherman Act a concerted effort to influence public officials regardless of intent of purpose.' 381 U.S., at 670, 85 S.Ct., at 1593. In the present case, however, the allegations are not that the conspirators sought 'to influence public officials,' but that they sought to bar their competitors from meaningful access to adjudicatory tribunals and so to usurp that decisionmaking process. It is alleged that petitioners 'instituted the proceedings and actions with or without probable cause, and regardless of the merits of the cases.' The nature of the views pressed does not, of course, determine whether First Amendment rights may be invoked; but they may bear upon a purpose to deprive the competitors of meaningful access to the agencies and courts. As stated in the opinion concurring in the judgment, such a purpose or intent, if shown, would be 'to discourage and ultimately to prevent the respondents from invoking' the processes of the administrative agencies and courts and thus fall within the exception to Noerr¹¹³.

En el caso particular de *California Motor Transport Co. v Trucking Unlimited* la Corte expone que no se está frente a la Doctrina general de *Noerr* sino frente a su excepción, toda vez que la intención en este caso no era la de influenciar a servidores públicos¹¹⁴ sino que era la de impedir el acceso de la competencia a los entes administrativo y judicial, a través del ejercicio de acciones sin causa probable¹¹⁵. En

¹¹² *Ibíd.*

¹¹³ Traducción Libre; Los peticionarios se basan en nuestro argumento en Pennington referente a que Noerr escuda de la Sherman Act el esfuerzo direccionado a influenciar a servidores públicos si menester de la intención o propósito. Sin embargo en el presente caso las denuncias no versan respecto de que hubo conspiración dirigida a influenciar servidores públicos, sino que éstas estaban dirigidas a impedir a sus competidores un acceso significativo a los tribunales contenciosos así como el arrebatar ése proceso de toma de decisiones. Se ha alegado que los peticionarios entablaron procedimientos y acciones con o sin causa probable independientemente de los méritos de los casos. La naturaleza de las opiniones vertidas no significan por supuesto que puedan invocarse los derechos de la Primera Enmienda pero podrían aplicarse al propósito de privar a los competidores de un acceso significativo a las agencias y cortes. Como se estableció en la opción en concurrencia con el juzgamiento, tal propósito o intento si es demostrado seria para desalentar y en último punto evitar que la contraparte invoque procesos a las agencias administrativas o cortes y que así caiga bajo la excepción a Noerr. Corte Suprema de Estados Unidos de América. *Caso California Motor Transport Co. V. Trucking Unlimited*, 404 U.S. 508, 13 de enero de 1972.

¹¹⁴ *Ibíd.*

¹¹⁵ *Ibíd.*

esta misma línea, la Corte manifiesta que el ejercicio del derecho de petición en los órganos adjudicatorios y cortes, es examinado de manera más estricta. De ahí que no sea posible condonar acciones que en la actividad política sí podrían condonarse¹¹⁶.

Adicionalmente la Corte menciona que el ejercicio del derecho de petición también resulta abusivo cuando una de las partes entabla varias acciones sin causa y de manera repetitiva, por lo que se evidencia la intención de obstruir el acceso a las cortes y órganos administrativos por parte de la competencia. Al respecto la Corte manifiesta:

[B]ut a pattern of baseless, repetitive claims may emerge which leads the factfinder to conclude that the administrative and judicial processes have been abused. That may be a difficult line to discern and draw. But once it is drawn, the case is established that abuse of those processes produced an illegal result, viz., effectively barring respondents from access to the agencies and courts. Insofar as the administrative or judicial processes are involved, actions of that kind cannot acquire immunity by seeking refuge under the umbrella of 'political expression'¹¹⁷.

La Doctrina *Noerr-Pennington* es la expresión de la primacía de la libertad de expresión y particularmente del derecho de petición. Como se ha visto al analizar los casos que componen esta doctrina; hay ciertas acciones que pese a tener efectos adversos para un competidor particular en un mercado determinado resultan inmunes a la legislación antimonopolista. En un principio con el caso *Noerr* se consideró que esta inmunidad aplicaba únicamente a actuaciones en la esfera política ante el órgano legislativo. Con el caso *Pennington* este criterio se amplió este criterio y la Corte de los Estados Unidos dejó sentada su opinión respecto a que tal inmunidad aplicaba también para el órgano ejecutivo.

Esta doctrina se completa cuando en el caso *California Motor Transport Co. v Trucking Unlimited*, la Corte hace una aclaración referente a esta inmunidad y la

¹¹⁶ *Ibíd.*

¹¹⁷ Traducción Libre; Pero una conducta de demandas sin fundamento y repetitivas podrían surgir lo que llevaría al hecho para concluir que los procesos administrativos y judiciales han sido abusados. Sera difícil discernir y dibujar esta línea. Pero una vez dibujada el caso establece que el abuso a esos procesos produce un resultado ilegal a saber, efectivamente impidiendo a la contraparte el acceso a las agencias y cortes. En cuanto los procesos administrativos y judiciales estén involucrados, acciones de ese tipo no pueden adquirir la inmunidad intentando refugiarse bajo la sombra de una expresión política. Corte Suprema de Estados Unidos de América. *Caso California Motor Transport Co. V. Trucking Unlimited*, 404 U.S. 508, 13 de enero de 1972.

extiende a los órganos administrativos y judiciales¹¹⁸ siempre y cuando su uso no represente un abuso a los procesos de estos. Una vez que se ha analizado la jurisprudencia que da origen a la excepción *Sham*, es menester aplicarla a casos específicos.

B. Análisis de jurisprudencia Estadounidense y Europea

Como se vio en el capítulo anterior, los lineamientos referentes a la verificación de la conducta de abuso de recursos judiciales y administrativos con la finalidad de interferir en un mercado relevante son compartidos en Estados Unidos y Europa. A continuación se aplicarán los criterios desarrollados por la excepción a la Doctrina *Noerr-Pennington* a Estados Unidos de América y Europa.

1. Estados Unidos: CSU LLC v Xerox Corporation

La disputa entre CSU y Xerox se origina por cuanto Xerox, a partir de 1984,¹¹⁹ empieza a establecer políticas referentes a la venta de algunos de sus productos, mediante las cuales se limitaba a vender siempre y cuando se trate de usuarios finales de las copadoras. CSU a través de distintos medios pudo continuar obteniendo equipos Xerox, hasta que Xerox ordenó a su colateral europeo “Rank Xerox” que dejara de vender a CSU¹²⁰.

En 1994 Xerox llega a un acuerdo respecto de una demanda por violación a la legislación antimonopolista, la cual CSU no comparte pues considera que Xerox violó la Sherman Act¹²¹ al haber establecido precios altos para la Organización de Servicios Independientes, de tal forma que los eliminaría como competidores del mercado de

¹¹⁸ Daniel R. Fischel. “Antitrust Liability for Attempts to Influence Government Action: The Basis and Limits of the Noerr-Pennington Doctrine” *University of Chicago Law Review* (1977), p. 86.

¹¹⁹ Corte Suprema de Estados Unidos de América. *CSU LLC v Xerox Corporation*, No. 99-1323, 17 de febrero del 2000.

¹²⁰ *Ibíd.*

¹²¹ *Ibíd.*

servicio de copiado e impresión rápida. Xerox a su vez contrademanda por violación a patente y derecho de autor a CSU¹²².

La Corte Distrital desecha las acusaciones antimonopolistas y reitera del derecho de Xerox para hacer exclusiva la venta de determinados productos, así esto implique un impacto en la competencia. Al respecto la Corte establece:

If a patent or copyright is lawful acquired, the patent or copyright holder's unilateral refusal to sell or license its patented invention or copyrighted expression is not unlawful exclusionary conduct under the antitrust laws, even if the refusal to deal impacts competition in more than one market. [...] in both the patent and copyrights contexts, that the right holder's intent in refusing to deal and any other alleged exclusionary acts committed by the right holder are irrelevant to antitrust law¹²³.

En referencia a los derechos de propiedad intelectual, la Corte manifiesta que estos no conllevan la posibilidad de violar la legislación antimonopolista¹²⁴. A pesar de ello, posteriormente indica que ésta legislación no limita al patentado a excluir su derecho de otros. En efecto la Corte aclara que la ventaja adquirida por una patente, no convierte automáticamente al patentado en monopolista, pues para que esto tenga lugar deben configurarse los supuestos de la Sección 2 de la Sherman Act, algo que debe ser analizado en concordancia con la particularidad que caracteriza al derecho de patente¹²⁵.

Al respecto la Corte cita al Departamento de Justicia y a la Comisión Federal de Comercio, en los siguientes términos:

The United States Department of Justice and Federal Trade Commission have issued guidance that, even where it exist, such "market power does not 'impose on the

¹²² *Ibíd.*

¹²³ Traducción Libre; Si una patente o derecho de autor se adquiere legalmente, el propietario de la patente o el derecho de autor se rehúsa a vender o licenciar su invención patentada o la expresión de su derecho de autor, esto no es ilegal ante la legislación antimonopolista, incluso si el rehusarse a negociar tiene impacto en la competencia de más de un mercado. En ambos contextos, patente y derecho de autor, donde el derecho del propietario así como su intención de reusarse a negociar y otros actos exclusorios cometidos por el propietario de estos derechos, son irrelevantes a la legislación antimonopolista. Corte Suprema de Estados Unidos de América. *CSU LLC v Xerox Corporation*, No. 99-1323, 17 de febrero del 2000.

¹²⁴ *Ibíd.*

¹²⁵ *Ibíd.*

intellectual property owner an obligation to license the use of that property to others.¹²⁶

Puede verse entonces la protección que se brinda al derecho de patente. En este aspecto la Corte hace un aporte sustancial referente a la excepción bajo la cual puede limitarse este derecho. Así manifiesta:

The patentee's right to exclude, however is not without limit. As we recently observed [...] a patent owner who brings suit to enforce the statutory right to exclude other from making, using, or selling the claimed invention is exempt from antitrust laws, even though such a suit may have an anticompetitive effect, unless the infringement proves one of two conditions. [...] First, he may prove that the asserted patent was obtained through knowing and willful fraud within the meaning of *Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp.* [...] Or he may demonstrate that the infringement suit was a mere sham to cover what is actually no more than an attempt to interfere directly with the business relationships of a competitor¹²⁷.

Al aplicar esta doctrina al caso particular, la Corte determina que se debe probar dos cuestiones para aplicar la excepción *Sham* a la doctrina *Noerr-Pennington*¹²⁸: que se trate de que no exista fundamento objetivo en la petición y que se pruebe la intención subjetiva de afectar o querer afectar al competidor. La Corte destaca que esto no debe ser analizado simultáneamente, sino que en primer orden se debe analizar la parte objetiva y de verificarse esta, pasar a la subjetiva; pues de lo contrario esta última no tendría sentido¹²⁹.

¹²⁶ Traducción Libre; El Departamento de Justicia de los Estados Unidos y a la Comisión Federal de Comercio han emitido su guía respecto de que, incluso donde existe poder de mercado, esto no impone la obligación al propietario de un derecho de propiedad intelectual la obligación de licenciar el uso de esa propiedad a otros. Corte Suprema de Estados Unidos de América. *CSU LLC v Xerox Corporation*, No. 99-1323, 17 de febrero del 2000.

¹²⁷ Traducción Libre; El derecho del patentado a excluir, tiene límites. Como se observo recientemente un propietario de patente que entabla una acción para hacer valer su derecho legal referente a incluir a otros de hacer, usar, o vender la invención, esta excepto de la legislación antimonopolista aun cuando tal acción tenga un efecto anticompetitivo; salvo que el demandante pruebe dos condiciones. [...] Primero, deberá probar que la patente ha sido obtenida con conocimiento e intención de cometer fraude, esto conforme al significado de *Walker Process Equipment, Inc v. Food Machinery & Chemical Corp.* [...] O el debe demostrar que la acción de violación era una pantalla para cubrir lo que no es más que un intento de interferir directamente en las relaciones de negocio del competidor. Corte Suprema de Estados Unidos de América. *CSU LLC v Xerox Corporation*, No. 99-1323, 17 de febrero del 2000.

¹²⁸ *Ibíd.*

¹²⁹ *Ibíd.*

Pese a éste análisis, la Corte determina que no es el caso de CSU v. Xerox por cuanto CSU alegó que Xerox dio mal uso a su patente, pero no que aquellas contrademandas eran una mera falsedad. Incluso la Corte subraya que para determinar que se ha violado la Sherman Act, deberá además probarse los supuestos que esta dispone. Finalmente la Corte confirma el criterio de la Corte Distrital de Kansas respecto de que Xerox no ha cometido violación a la legislación antimonopolista.

Una vez que se ha realizado un repaso de los hechos del caso, corresponde ahora analizar cual hubiese sido el resultado de la verificación de los requisitos determinantes de la conducta abusiva si CSU, en lugar de alegar que Xerox dio mal uso de su derecho de patente, hubiese alegado que las contrademandas de Xerox eran únicamente una pantalla para cubrir un fin distinto del inherente al ejercicio del derecho de petición. Antes de continuar con el análisis, es necesario enunciar los criterios a ser verificados: la existencia o no de posición dominante, el ejercicio del derecho de petición, la contextualización de la conducta y finalmente la verificación de los requisitos objetivo y subjetivo para determinar que estamos frente a una conducta abusiva en materia de competencia.

En lo que se refiere a la posición dominante, conforme se desprende del caso, Xerox en efecto ostenta posición dominante en el mercado de servicio de copiado e impresión rápida, a mas de esto debe verse que tiene un derecho de patente sobre determinados productos. Este derecho de patente le faculta a Xerox hacer uso exclusivo del mismo, entre una de estas facultados se encuentra la de limitar la exclusividad de venta de determinados productos aun cuando ello implique un impacto en la competencia. Pasando ahora al análisis del derecho de tutela efectiva, podemos ver que Xerox hizo uso de este derecho de manera legítima. Debe considerarse además que al ser propietario de un derecho de patente estaba facultado para ejercer toda acción en beneficio de defender su derecho, lo que en efecto hizo.

Continuando ahora con la contextualización de la conducta, se ve que tanto Xerox como CSU son operadores económicos en el mercado relevante de servicio de copiado e impresión rápida. En cuanto a los medios de impugnación utilizados por Xerox,

estos fueron contrademandas ante los argumentos aludidos por CSU.

Por otro lado en cuanto a los requisitos para determinar que existe abuso de recursos judiciales y administrativos en materia de competencia. En lo referente al primer requisito sobre si los recursos accionados por el operador económico carecen de fundamento, se ve en efecto que no es el caso de Xerox. Por el contrario Xerox cuenta con un derecho de patente que le faculta defenderse en cuanto su exclusividad pretende ser interrumpida por CSU.

Según la excepción a la Doctrina *Noerr-Pennington*, El análisis de los requisitos para la configuración de la conducta se hace en un orden específico. De no verificarse el primer condicionamiento, no corresponde analizar la intención subjetiva referente a si el operador económico actuó con la finalidad de interferir en los negocios de su competidor. Si bien este análisis no corresponde al caso, corresponde subrayar lo manifestado por la Corte, de que incluso si un propietario de un derecho de patente, para defender su derecho de patente ejerce ciertos actos que siendo legales tienen un efecto en la competencia, esto no puede ser penado bajo la legislación anti-monopólica, pues tales actos se encuentran en la esfera del ejercicio de un derecho.

Finalmente, respecto a esta sentencia, debo mencionar que un aporte que hace la Corte es el referente a la posición dominante. Menciona que, conforme se expuso en el capítulo I, la posición dominante *per se* no debe ser sancionada. Aquello que se debe sancionar es el abuso de la posición dominante que tiene como efecto la interferencia en los negocios del competidor, pero sobre todo en la libre competencia entre operadores económicos.

2. Europa: ITT Promedia NV contra Comisión de las Comunidades Europeas

El caso ITT Promedia NV contra la Comisión de las Comunidades Europeas es el resultado de varias controversias que tienen antecedentes desde 1930¹³⁰. El presente

¹³⁰ Tribunal de Primera Instancia. *Caso ITT Promedia NV contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Causa T-111/96. Sentencia de 7 de julio de 1998.

caso llega al Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Ampliada) en virtud de que ITT Promedia NV solicita:

La anulación de la decisión de la Comisión por la que se desestiman definitivamente las partes de una denuncia presentada por la demandante según las cuales Belgacom SA había ejercitado contra la demandante acciones judiciales ante los tribunales belgas con fines temerarios y había solicitado a la demandante que le entregara sus conocimientos industriales y comerciales en virtud de compromisos contractuales que vinculaban a ambas partes, actos que supuestamente infringían el artículo 86 del Tratado CE¹³¹.

ITT Promedia NV y Belgacom S.A. se encontraban en el negocio de publicación de guías telefónicas comerciales. ITT Promedia NV es una filial estadounidense y Belgacom S.A. es una Sociedad Anónima de Derecho Público cuyo mayor accionista es el Estado Belga. Entre las partes existió hasta 1995 un acuerdo por el cual Belgacom S.A. concedía a ITT Promedia NV, el derecho exclusivo a publicar y distribuir guías telefónicas sobre la base de datos que Belgacom S.A. proporcionaría. Años previos al vencimiento del plazo de éste, las partes negociaron respecto a su renovación sin llegar a acuerdo alguno¹³².

Con este antecedente, un mes después ITT Promedia NV anuncia públicamente que continuaría publicando las guías telefónicas. Respecto de esto Belgacom S.A. respondió aludiendo que ITT Promedia NV actuó arbitrariamente pues no contaba con su autorización¹³³. Este es el punto controversial del caso, a raíz del cual las partes entablan múltiples acciones. La denuncia de ITT Promedia NV basa su argumento en tres acciones ejercidas por Belgacom S.A., mismas que considera para afirmar que, a través de ellas ha abusado de su posición de dominante. Específicamente por los siguientes motivos, los cuales fueron desestimados por Comisión de las Comunidades Europeas:

a) al comunicar a los clientes actuales o potenciales de la demandante información falsa, engañosa y denigrante sobre ésta; b) al negarse a ceder a la demandante, en condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias, los datos de

¹³¹ *Ibíd.*

¹³² *Ibíd.*

¹³³ *Ibíd.*

abonados necesarios para la confección de guías; c) al imponer precios excesivos y/o discriminatorios para la venta de dichos datos de abonados; d) al entablar contra la demandante procedimientos contenciosos ante los órganos jurisdiccionales belgas con temeridad, y e) al solicitar a la demandante que le entregara sus conocimientos industriales y comerciales en virtud de compromisos contractuales que vinculaban a ambas partes¹³⁴.

El Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Ampliada), analiza la desestimación de la denuncia de ITT Promedia NV y resuelve desestimar el recurso presentado por ésta última. Del análisis que realiza el Tribunal se destacan tres aportes de suma importancia para el análisis de la conducta materia de este escrito. La importancia del derecho de la tutela judicial, los criterios para determinar si una acción es abusiva y el criterio de explotación abusiva.

En cuanto respecta a la tutela judicial, el Tribunal considera de suma importancia el derecho de tutela judicial. En efecto, éste apela al orden constitucional que está presente en los Estados miembros. Al resolver sobre el caso, el Tribunal es claro al considerar a la tutela judicial como un derecho fundamental. En efecto éste lo eleva a un principio general del Derecho. Habiendo dejado clara la importancia de este derecho, toma partida en la doctrina de que como tal, este derecho fundamental por regla general no debe ser limitado por lo que su limitación únicamente será pertinente bajo circunstancias excepcionales. Al respecto manifiesta:

La posibilidad de hacer valer los derechos propios en vía judicial y el control jurisdiccional que ello implica es la expresión de un principio general del Derecho que es básico en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y que fue igualmente consagrado por el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Dado que la tutela judicial es un derecho fundamental y un principio general que garantiza el respeto del Derecho, únicamente en circunstancias excepcionales el ejercicio de una acción judicial podrá constituir un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado¹³⁵.

Por otro lado, en lo concerniente a los criterios para determinar si una acción es abusiva, el Tribunal parte de la importancia del derecho de petición por lo que considera dos criterios que pueden llegar a limitar su ejercicio. En el primer caso el Tribunal

¹³⁴ *Ibíd.*

¹³⁵ *Ibíd.*

considera el criterio de la razonabilidad, donde en caso de considerarse que un operador económico no tiene razonablemente un fundamento para hacer valer su derecho, entonces tiene como utilidad únicamente la interferencia en la competencia. Esta última parte es precisamente aquella que configura el segundo criterio del Tribunal. Sobre este último criterio el Tribunal realiza un gran aporte, pues indica que la verificación de estos criterios debe contextualizarse en el caso particular. En este sentido el Tribunal indica:

A este respecto, cuando la Comisión ha establecido dos criterios para poder determinar los casos en que tal acción judicial es abusiva en el sentido del artículo 86 del Tratado, a saber, que no pueda considerarse razonablemente que ésta tiene por objeto hacer valer los derechos de la empresa de que se trate, por lo que sólo puede servir para hostigar a la parte contraria, y que esté concebida en el marco de un plan que tenga como fin suprimir la competencia; ambos criterios deben interpretarse y aplicarse restrictivamente, de modo que no se frustre la aplicación del principio general de tutela judicial. En cuanto a la aplicación del primer criterio, debe tomarse en consideración la situación existente en el momento en que se ejercita la acción. Además, no se trata de determinar si los derechos que dicha empresa hacía valer en el momento en el que ejercitó su acción judicial existían efectivamente, o si ésta era procedente, sino que debe determinarse si tal acción tenía por finalidad hacer valer derechos que la empresa, en aquel momento, podía razonablemente considerar suyos¹³⁶.

En lo que respecta al último punto el Tribunal define a la explotación abusiva en los siguientes términos:

El concepto de explotación abusiva, tal y como figura en el artículo 86 del Tratado, es un concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en situación de posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trata, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada y que producen el efecto de obstaculizar, recurriendo a medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios basada en las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del grado de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de dicha competencia. De la naturaleza de las obligaciones impuestas por el artículo 86 del Tratado resulta que, en circunstancias específicas, las empresas que ocupan una posición dominante pueden ser privadas del derecho de adoptar comportamientos, o de realizar actos, que no son en sí mismos abusivos y que ni siquiera serían reprochables si hubieran sido adoptados o realizados por empresas no dominantes. De este modo, la celebración de un contrato o la adquisición de un derecho pueden

¹³⁶ *Ibíd.*

constituir un abuso en el sentido del artículo 86 del Tratado, si son obra de una empresa que ocupa una posición dominante¹³⁷.

De la cita antes expuesta se puede ver que para que proceda un análisis sobre si la conducta ejercida por un operador económico, es necesario contar con ciertos elementos, como la posición dominante, el mercado relevante, y la distorsión de la competencia. Adicionalmente el Tribunal indica que pueden darse casos donde si bien los mismo actos son cometidos por dos operadores económicos, estos pueden ser tratados de manera distinta; por cuanto el uno puede ostentar una posición dominante. Para el operador con posición dominante se analizará la conducta cometida con mayor rigurosidad. Esto en virtud de que éste a diferencia del primero, sí se encuentra en capacidad de interferir en la competencia.

Una vez que se han destacado los parámetros más relevantes elaborados por el Tribunal, corresponde analizar la decisión del Tribunal de desechar la solicitud de anulación de la decisión de la Comisión por la cual se desestima definitivamente las partes de la denuncia presentada contra Belgacom S.A.; según la cual ésta había ejercitado acciones judiciales con fines temerarios infringiendo el artículo 86 del Tratado de Comunidades Europeas¹³⁸. Las cuestiones a analizarse en referencia a este caso gravitan en torno a la posición dominante de Belgacom, a su debido ejercicio de tutela efectiva, a la contextualización de la conducta y a la verificación de los requisitos para determinar que existe abuso a través de recursos judiciales y administrativos.

En el presente caso se puede determinar que Belgacom ostentaba una posición dominante. En efecto tenía un derecho exclusivo sobre el negocio de publicación de guías telefónicas comerciales y se encontraba también facultada a ceder esta actividad a otra compañía a través de un acuerdo negociado entre las partes, siempre y cuando medie autorización por parte del Estado.

Continuando con el ejercicio de tutela efectiva por parte de la denunciada, la controversia en el presente caso radica en tres “acciones judiciales ejercitadas por

¹³⁷ *Ibíd.*

¹³⁸ *Ibíd.*

Belgacom”¹³⁹. Al respecto se debe reconocer que la decisión del Tribunal respecto a confirmar el criterio de la Comisión fue asertiva. Recuérdese que la “Comisión afirma que las tres acciones judiciales ejercitadas por Belgacom no constituían un abuso en el sentido del artículo 86 del Tratado, ya que se podía considerar razonablemente que tenían como fin hacer valer sus derechos”¹⁴⁰.

Se desprende entonces que el ejercicio de la tutela efectiva y del derecho de petición por parte de Belgacom, se desarrolló en un marco totalmente legítimo. De ahí que incluso conforme consideró el Tribunal la opinión de la Comisión; del análisis de los criterios cumulativos, se desprende que incluso las dos primeras acciones entabladas por Belgacom eran reconveniones a las demandas de ITT Promedia.

Continuando con la contextualización de la conducta, el caso de estudio trata de dos operadores económicos, ITT Promedia y Belgacom quienes desarrollan su actividad en el mercado relevante de la telefonía, específicamente en la elaboración y distribución de guías telefónicas. Asimismo, en cuanto a los medios de impugnación usados, conforme se señaló en el párrafo anterior, se evidencia que éstos no fueron iniciados en un principio por Belgacom, sino que fueron el resultado de su propia defensa ante las acciones de ITT Promedia.

Una vez que se ha considerado lo anterior, en cuanto a los requisitos para determinar que existe abuso a través de recursos judiciales y administrativos; los criterios establecidos por la excepción *Sham* son equivalentes a los criterios acumulativos considerados por el Tribunal que indica:

El primero de los dos criterios significa, según la Comisión, que la acción judicial debe carecer manifiestamente de todo fundamento desde un punto de vista objetivo. El segundo indica, por su parte, que la acción judicial debe tener por objeto la eliminación de la competencia. Ambos criterios deben reunirse para que se demuestre la existencia de un abuso. El hecho de ejercitar una acción judicial improcedente no puede por sí mismo constituir una infracción del artículo 86 del Tratado, a menos que

¹³⁹ El Tribunal a lo largo de su análisis trata a estas acciones como primera, segunda y tercera acción judicial contra Belgacom.

¹⁴⁰ Tribunal de Primera Instancia. *Caso ITT Promedia NV contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Causa T-111/96. Sentencia de 7 de julio de 1998.

dicha acción persiga una finalidad contraria a la competencia. Análogamente, si se puede considerar razonablemente que una acción judicial representa un intento de hacer valer derechos frente a competidores, no podrá constituir un abuso, independientemente de que pueda inscribirse en un plan destinado a eliminar la competencia¹⁴¹.

Siendo así, en lo que corresponde al primer requisito de verificación, se destaca en este caso el recurso accionado por el operador económico no carece de fundamento; más bien representa la defensa ante una acción judicial. En lo correspondiente al segundo requisito, este tampoco se configura por cuanto el operador económico no actuó con finalidad alguna de interferir en los negocios de su competidor, menos aun en el mercado.

Algo que debe destacarse finalmente es que si bien los criterios acumulativos son equivalentes a los requisitos de verificación de *Sham*, estos se distinguen en que acorde al criterio estadounidense, no es pertinente el análisis del segundo requisito cuando se ha evidenciado que el primero no se cumple.

3. AstraZeneca vs Comisión Europea

Conforme se mencionó, en Europa la conducta materia de análisis ha sido mencionada brevemente en el caso *AstraZeneca vs la Comisión Europea*. AstraZeneca (AZ) es el resultado de una fusión entre las empresas Astra y Zeneca¹⁴². AZ desarrolla sus actividades comerciales a nivel mundial en el mercado farmacéutico donde uno de sus productos es Losec¹⁴³, un compuesto fabricado a base de Omeprazol que combate las afecciones gastrointestinales¹⁴⁴.

AZ fue investigada por la Comisión Europea tras la denuncia de Generics (UK) Ltd. y Scandinavian Pharmaceuticals Generics AB¹⁴⁵ por cuanto AZ ha tenido un

¹⁴¹ Tribunal General, Caso *AstraZeneca vs Comisión Europea*. Causa T-321/05. Sentencia de 1 de julio del 2010.

¹⁴² *Ibid*

¹⁴³ *Ibid*

¹⁴⁴ *Ibid*

¹⁴⁵ *Ibid*

comportamiento dirigido a impedirles introducir versiones genéricas de Omeprazole en determinados mercados del Espacio Económico Europeo¹⁴⁶.

La denuncia comprendió dos comportamientos principales¹⁴⁷. El primero fue que AZ ejerció un conjunto de declaraciones presuntamente engañosas realizadas ante las oficinas de patentes en Alemania, Bélgica, Dinamarca, Noruega, Países Bajos y Reino Unido y ante órganos jurisdiccionales nacionales de Alemania y Noruega¹⁴⁸; y a que AZ presentó solicitudes de revocación de las autorizaciones de comercialización de las cápsulas de Losec en Dinamarca, Noruega y Suecia, combinada con la retirada de las cápsulas de Losec del mercado y el lanzamiento de los comprimidos de Losec MUPS en esos tres países¹⁴⁹. Posterior a esto AZ acude ante el Tribunal General para demandar la “anulación de la Decision C(2005) 1757 final de la Comisión, de 15 de junio de 2005, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 82 [CE] y el artículo 54 del Acuerdo EEE¹⁵⁰”.

Una vez que se ha fijado el contexto del caso, procede resaltar que este no es aplicable a la conducta materia de análisis de esta obra, toda vez que analiza una conducta distinta. La conducta en el caso de AZ es la de “actos que pueden llevar a las autoridades públicas a otorgar un derecho de propiedad intelectual al que la empresa en situación de posición dominante no tiene derecho, o al que tiene derecho, pero por menos tiempo”¹⁵¹. En el contexto del caso, se entiende por actos a “declaraciones engañosas a agentes y a oficinas de patentes”¹⁵². La apreciación del Tribunal Europeo respecto de esta conducta, señala:

En el caso de autos, ha de señalarse que la presentación a las autoridades públicas de informaciones engañosas, que pueden inducirlas a error, y permitir, en

¹⁴⁶ *Ibid*

¹⁴⁷ *Ibid*

¹⁴⁸ *Ibid*

¹⁴⁹ *Ibid*

¹⁵⁰ *Ibid*

¹⁵¹ *Ibid*

¹⁵² *Ibid*

consecuencia, la concesión de un derecho exclusivo al que la empresa no tiene derecho, o al que tiene derecho por un período más limitado, constituye una práctica ajena a la competencia basada en los méritos que puede ser particularmente restrictiva de la competencia¹⁵³.

El caso de AZ presenta un supuesto distinto donde la conducta esta directamente relacionada con el otorgamiento de un derecho, mas no con el ejercicio de uno, como es el caso de *Sham Litigation*. Considerando esta diferencia, el Tribunal europeo determinó que la pretensión de AZ respecto de la aplicabilidad de los criterios cumulativos del caso *ITT Promedia* no es procedente. Al respecto señala:

En consecuencia, las alegaciones de las demandantes, basadas en la aplicación de los criterios aplicados por la Comisión en el asunto que dio lugar a la sentencia ITT Promedia/Comisión, citada en el apartado 311 *supra*, también han de rechazarse por carecer de pertinencia, dado que éstos se referían a un caso de ejercicio posiblemente abusivo del derecho de ejercitar acciones judiciales contra un competidor¹⁵⁴.

Conforme resalta el Tribunal, en el caso de AZ no nos encontramos frente al derecho de ejercitar acciones o recursos. De ahí que, el análisis de los requisitos para determinar que existe abuso de recursos judiciales y administrativos en materia de competencia no proceda. Mas aún conforme indica el Tribunal de la CEE resulta inconcebible “que la adquisición ilegítima de un derecho exclusivo constituya un abuso de posición dominante únicamente en el caso de que tenga como efecto eliminar totalmente la competencia”¹⁵⁵. Esta apreciación del Tribunal gravita entorno al hecho de que “suele presumirse que en el momento que una autoridad pública otorga un derecho de propiedad intelectual, éste es válido, y que su posesión por parte de una empresa es legítima”¹⁵⁶.

Podemos concluir que el Tribunal General correctamente desestimó las pretensiones de *AstraZeneca* (AZ) respecto de la aplicación de los criterios cumulativos para determinar la existencia de abuso de posición dominante. Esto en virtud de que los criterios cumulativos son aplicables en un contexto distinto, que requiere esencialmente

¹⁵³ *Ibid*

¹⁵⁴ *Ibid*

¹⁵⁵ *Ibid*

¹⁵⁶ *Ibid*

que se haya producido un abuso al derecho de ejercer acciones judiciales o recursos administrativos.

C. Análisis de de Sham Litigation en un mercado relevante con base a un derecho de patente. Su aplicación en la Latinoamérica: el caso de Ecuador

Una vez que se han definido los presupuestos básicos de análisis de la conducta así como su aplicación en el derecho comparado, en este capítulo se analiza la aplicación de los criterios antes estudiados a Ecuador. Este capítulo se divide dos secciones. La primera cumple con la enunciación del derecho de patente y los componentes de su definición. La segunda comprende un análisis profundo de la jurisprudencia ecuatoriana en materia de la conducta anticompetitiva del abuso de recursos judiciales y administrativos, con la finalidad de interferir en el libre desarrollo de la competencia en un mercado relevante con base a un derecho de patente. Dentro de este análisis se aborda un caso en sede constitucional y dos casos en sede administrativa.

1. Conceptualización del derecho de patente

En esta sección se analizará en primera instancia la definición del derecho de patente y su característica esencial, para luego pasar al análisis de los requisitos de patentabilidad que enmarcan a este derecho. Debe subrayarse que tanto en la conceptualización de este derecho, así como en su importancia y requisitos, se realizará un enfoque especial en la normativa comunitaria andina.

El derecho de patente es un derecho otorgado a través de un órgano administrativo que concede derechos y obligaciones a una persona natural o jurídica respecto de una invención de su propiedad. El bien jurídico protegido materia de este derecho es la invención, misma que puede ser respecto de un producto o de un procedimiento, siempre que cumpla con los requisitos específicos de patentabilidad. Este derecho se caracteriza por ser transferible y transmitible. Respecto de la conceptualización del derecho de patente, encontramos la definición de González y Odriozola quienes conciben a éste como una relación jurídica y mencionan:

[S]e ha identificado “Patente”, con la posición jurídica que corresponde a una persona, el inventor o su causahabiente (titular de la Patente), en la

relación jurídica creada por el acto administrativo de concesión¹⁵⁷. Como posición jurídica, la Patente consiste en un conjunto de facultades y deberes, derechos y obligaciones, asignados a su titular. Sin embargo actualmente no solo se ha concretado el significado técnico-jurídico de “Patente”, sino que además se ha establecido su relación respecto de las acepciones que tradicionalmente había recibido este término¹⁵⁸.

Conforme se mencionó en la definición del derecho de patente, éste es un derecho que es otorgado por un órgano administrativo. De ahí que es necesario seguir un proceso ante la autoridad nacional en materia de Propiedad Intelectual para que dicho derecho sea reconocido. Al respecto se debe subrayar que para que éste derecho sea otorgado, se deben cumplir con tres requisitos, la novedad, el carácter inventivo y ser susceptibles de aplicación industrial. Estos requisitos son de vital importancia por cuanto representan la base de su existencia. Vidal-Quadras analiza este derecho y expresa:

El alcance del derecho de patente o su eventual violación no puede abordarse sin antes analizar los requisitos de patentabilidad. La patentabilidad de las invenciones, o el cumplimiento de los requisitos de patentabilidad, constituye la base de todo sistema de concesión de exclusivas por parte del Estado para su explotación por parte de sus beneficiarios. Tanto la interpretación del alcance como la determinación de la existencia de una infracción del derecho giran en torno a los conceptos de novedad, actividad inventiva y aplicabilidad industrial, que constituyen las tres condiciones básicas para poder sostener la existencia de una invención jurídicamente protegible¹⁵⁹.

En lo que corresponde a la normativa comunitaria, la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena sobre el Régimen Común sobre Propiedad Industrial, establece que las patentes pueden ser otorgadas en dos formas; las invenciones y los productos; y para que ésta invención sea patentable deben configurarse tres requisitos. Así el artículo 14 manda:

¹⁵⁷ Otero Lastres *et al.* (comps.). *Comentarios a la Ley de Patentes*. Barcelona: 1987, p. 4. Citado en Yudesky González y Johana Odriozola Guitart. *La regulación jurídica de la patente, a partir del acuerdo sobre los ADPIC: consecuencias para Cuba*. España: Editorial Universitaria, 2008 p 19.

¹⁵⁸ Yudesky González y Johana Odriozola Guitart. *La regulación jurídica de la patente, a partir del acuerdo sobre los ADPIC: consecuencias para Cuba*. España: Editorial Universitaria, 2008 p 19.

¹⁵⁹ Miguel Vidal-Quadras Trías de Bes. *Estudio sobre los requisitos de patentabilidad, el alcance y la violación del derecho de patente*. España: J.M. BOSCH EDITOR, 2004 p. 40.

Art. 14.- Los Países Miembros otorgarán patentes para las invenciones, sean de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial¹⁶⁰.

De la literalidad del artículo 14 de la Decisión 486 se desprende que el primer supuesto para evaluar los requisitos de patentabilidad, es que nos encontremos frente a una invención. Una invención es, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, el resultado de “hallar o descubrir algo nuevo o no conocido”¹⁶¹. Otra definición de inventar es la que brinda Carrillo pues la define como “hallar o descubrir a fuerza de ingenio y meditación, o por mero acaso, una cosa nueva no conocida”¹⁶². En lo que concierne a qué no se debe considerar invención la Decisión 486 manifiesta:

Art. 15.- No se considerarán invenciones: a) Los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos, b) El todo o parte de seres vivos tal como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la naturaleza o aquél que pueda ser aislado, inclusive genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural; c) Las obras literarias y artísticas o cualquier otra protegida por el derecho de autor; d) Los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, juegos o actividades económico-comerciales, e) Los programas de ordenadores o el soporte lógico, como tales; y, f) Las formas de presentar información¹⁶³.

Una vez que se ha definido qué se debe entender por invención y aquello que la normativa comunitaria no considera invención; es menester analizar cada uno de los requisitos de patentabilidad con los que ésta debe contar. Al respecto la Decisión 486 distingue tres: que sean nuevas, que tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial.

Estos requisitos vistos en la doctrina estadounidense incluyen un requisito que no es contemplado bajo la normativa comunitaria; la difusión. Sin embargo, en lo que corresponde a la doctrina estadounidense ella la contempla como aquella característica

¹⁶⁰ Decisión del Acuerdo de Cartagena 486. Art. 14. Registro Oficial No. 258 de 2 de febrero del 2001.

¹⁶¹ Real Academia Española. Diccionario. <http://lema.rae.es/drae/?val=INVENCION> (acceso: 26/07/2012).

¹⁶² Pedro Carrillo. *El derecho intelectual en México*. México: Plaza y Valdez Editores, 2006 p. 101.

¹⁶³ Decisión del Acuerdo de Cartagena 486. Art. 15. Registro Oficial No. 258 de 2 de febrero del 2001.

que permite que la descripción de la invención sea usada por otros conocedores de la materia. Carrier analiza los requisitos de patentabilidad y destaca cuáles son los roles que éstos deben cumplir el momento de darle vida a una invención. Al respecto manifiesta:

The patent system's current requirements of novelty, usefulness, nonobviousness, and disclosure play critical roles in fostering innovation¹⁶⁴. The strict requirement of novelty ensures that the invention is not known or used by others. The prerequisite of utility guarantees that the product is useful. Nonobviousness ensures that the invention actually contributes to technological progress, as the subject matter of the patent must not be "obvious at the time the invention was made to a person having ordinary skill in the art to which said subject matter pertains. Finally, the inventor's description of the invention must enable others who are skilled in the relevant art to make and use it, thereby dispersing the benefits of the invention to the public¹⁶⁵.

En lo que corresponde al primer requisito, se considera que una invención es nueva cuando la invención no ha sido previamente conocida, creada o usada por otras personas. Lo importante el momento de analizar si una invención es nueva o no; es determinar si anteriormente ésta existía o no. Vidal-Quadras analiza con detenimiento este requisito, también considerado la antesala de la patente y manifiesta:

La novedad es el primer fundamento del sistema de patentes y su justificación como primer requisito no responde sólo a una cuestión numeral sino que ciertamente es el elemento nuclear en cualquier desarrollo tecnológico que se pretenda

¹⁶⁴ Respecto de la innovación este mismo autor realiza una precisión entre innovación e invención y menciona: Innovation consists of "the search for and the discovery, development, improvement, adoption and commercialization of new processes, products, and organizational structures and procedures. Innovation thus differs from invention by including not just the initial discovery or the creation of a potential new product or process, but also the subsequent development and commercialization of the product or process. Traducción libre: Innovación consiste en la búsqueda por y el descubrimiento, desarrollo, mejora, adopción y comercialización de nuevos procesos, productos y estructuras organizacionales y procedimientos. La innovación difiere de la invención por incluir no solo el descubrimiento inicial o la creación del potencial producto o proceso nuevo, pero también el desarrollo subsecuente y la comercialización del producto o proceso. Michael A. Carrier. "Unraveling the Patent-Antitrust Paradox." *University of Pennsylvania Law Review* (2002), p. 802.

¹⁶⁵ Traducción libre: Los requerimientos actuales del sistema de patente, la novedad, el uso, la no-obviedad y la difusión juegan un rol importante en la promoción de la innovación. El requisito estricto de novedad asegura que la invención no sea conocida ni usado por otros. El prerequisite de utilidad garantiza que el producto sea útil. La no-obviedad asegura que la invención actualmente contribuya con el progreso tecnológica, como el objeto materia de la patente debe no ser obvia al momento que la invención se hizo considerando al criterio de una persona con cualidades ordinarias en la materia. Finalmente la descripción de la invención debe permitir a otros con cualidades en la materia hacer uso de ella y así dispersar sus beneficios al público. Michael A. Carrier. "Unraveling the Patent-Antitrust Paradox." *University of Pennsylvania Law Review* (2002), p. 802.

exclusividad: las invenciones ante todo deberán ser nuevas. Entre las diversas acepciones etimológicas de qué es lo que deba considerarse nuevo encontramos definiciones como aquello “que se ve o se oye por primera vez” o que es “distinto o diferente de lo que había o se tenía aprendido”. La novedad es un primer paso en la determinación de la materia patentable, consistente en descubrir si lo que se afirma que constituye una invención existía ya anteriormente o no¹⁶⁶.

Respecto de éste primer requisito la Decisión 486 manifiesta que ésta característica se configura bajo dos escenarios. El primero consiste en que ella no debe haber sido accesible al público y el segundo a que su objeto materia de protección no se contenga en una petición que ya se encuentre en trámite en la autoridad nacional competente. El artículo 16 de la antes dicha norma expresa:

Art. 16.- Una invención se considerará nueva cuando no está comprendida en el estado de la técnica. El estado de la técnica comprenderá todo lo que haya sido accesible al público por una descripción escrita u oral, utilización, comercialización o cualquier otro medio antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida. Sólo para el efecto de la determinación de la novedad, también se considerará dentro del estado de la técnica, el contenido de una solicitud de patente en trámite ante la oficina nacional competente, cuya fecha de presentación o de prioridad fuese anterior a la fecha de presentación o de prioridad de la solicitud de patente que se estuviese examinando, siempre que dicho contenido esté incluido en la solicitud de fecha anterior cuando ella se publique o hubiese transcurrido el plazo previsto en el artículo 40¹⁶⁷.

Vale recalcar que respecto de este requisito deben hacerse dos precisiones. En primer orden en lo que concierne al primer escenario, la Decisión establece una excepción cuando se trata de una divulgación que provenga del inventor, de la autoridad nacional competente o de un tercero. Al respecto el artículo 17 menciona:

Art. 17.- Para efectos de determinar la patentabilidad no se tomará en consideración la divulgación ocurrida dentro del año precedente a la fecha de la presentación de la solicitud en el País Miembro o dentro del año precedente a la fecha de prioridad, si ésta hubiese sido invocada, siempre, que tal divulgación hubiese provenido de: a) El inventor o su causahabiente; b) Una oficina nacional competente que, en contravención de la norma que rige la materia, publique el contenido de la solicitud de patente presentada por el inventor o su causahabiente; o, c) Un tercero que hubiese obtenido la información directa o indirectamente del inventor o su

¹⁶⁶ Miguel Vidal-Quadras Trías de Bes. *Estudio sobre los requisitos de patentabilidad ... Óp. cit.*, p. 40-41.

¹⁶⁷ Decisión del Acuerdo de Cartagena 486. Art. 16. Registro Oficial No. 258 de 2 de febrero del 2001.

causahabiente¹⁶⁸.

En lo concerniente a la segunda precisión, debemos resaltar que la Decisión 486 limita el requisito de la novedad y es muy clara al distinguirlo. La normativa comunitaria considera entonces que, en caso de que a un objeto ya patentado se le atribuya un uso distinto al originalmente comprendido por la patente inicial esto no podrá considerar materia de patentabilidad¹⁶⁹.

Continuando con el segundo requisito, se considera que una invención tiene nivel inventivo “si para una persona capacitada en la técnica correspondiente, la invención no resulta obvia ni se habría derivado de manera evidente del estado de la técnica perteneciente”¹⁷⁰. Al respecto la Decisión 486 manda:

Art. 18.- Se considerará que una invención tiene nivel inventivo, si para una persona del oficio normalmente versada en la materia técnica correspondiente, esa invención no hubiese resultado obvia ni se hubiese derivado de manera evidente del estado de la técnica¹⁷¹.

Respecto del articulado citado, se debe señalar que el análisis de nivel inventivo es visto desde un estándar técnico en circunstancias equivalentes a las del creador de la invención; circunstancia que denota el incremento de especialidad. En lo concerniente a este requisito Vidal-Quadras manifiesta que la naturaleza de este requisito es accesorio al de novedad. El autor manifiesta al respecto:

La actividad inventiva es el segundo de los requisitos necesarios para determinar la patentabilidad de una invención. Su apreciación [...] es subsidiaria de la concurrencia del requisito de novedad. Así, si bien la falta de novedad conllevará la

¹⁶⁸ Decisión del Acuerdo de Cartagena 486. Art. 17. Registro Oficial No. 258 de 2 de febrero del 2001.

¹⁶⁹ Decisión del Acuerdo de Cartagena 486. Art. 21. Registro Oficial No. 258 de 2 de febrero del 2001.

¹⁷⁰ Jorge Cabrera Bioderecho. *Propiedad Intelectual Comercio y Ambiente*. Costa Rica: Editorial Universidad Estatal a Distancia, 2011 p. 28.

¹⁷¹ Decisión del Acuerdo de Cartagena 486. Art.18. Registro Oficial No. 258 de 2 de febrero del 2001.

inexistencia de actividad inventiva a los efectos de patentabilidad, las realizaciones tecnológicas que resulten novedosas pueden ser o no inventivas¹⁷².

Este requisito también se contempla en la legislación comparada, específicamente en el caso de España, donde su configuración pende de tres postulados esenciales para la concurrencia de la actividad inventiva: (a) no resulta del estado de la técnica (b) de una manera evidente (c) para el experto en la materia¹⁷³.

Pasando ahora al último requisito, una invención para ser patentable requiere ser susceptible de aplicación industrial. Esto implica que el objeto sea un producto o proceso materia de protección que pueda ser producido o utilizado en cualquier industria. Al respecto el artículo 18 de la Decisión 486 menciona:

Art. 19.- Se considerará que una invención es susceptible de aplicación industrial, cuando su objeto pueda ser producido o utilizado en cualquier tipo de industria, entendiéndose por industria la referida a cualquier actividad productiva, incluidos los servicios¹⁷⁴.

En esta misma línea encontramos a España, donde “el tercer requisito positivo que la legislación impone a las invenciones es el de que éstas sean susceptibles de aplicación industrial y que el objeto pueda ser fabricado o utilizado en cualquier clase de industria, objeto pueda ser fabricado o utilizado en cualquier clase de industria [...]”¹⁷⁵.

Una vez estudiado y definido este derecho, es procedente continuar con su análisis jurisprudencial en el contexto de la conducta estudiada en este escrito: el abuso de

¹⁷² Traducción Libre: La innovación consiste en la búsqueda por y el descubrimiento desarrollo, mejora, adopción y comercialización de nuevos procesos, productos y estructuras organizacionales y procedimientos. La innovación difiere de la invención por incluir no solo el descubrimiento inicial o la creación del potencial producto o proceso nuevo, pero también el desarrollo subsecuente y la comercialización del producto o proceso. Miguel Vidal-Quadras Trías de Bes. *Estudio sobre los requisitos de patentabilidad ... Óp. cit.*, p. 59.

¹⁷³ Miguel Vidal-Quadras Trías de Bes. *Estudio sobre los requisitos de patentabilidad ... Óp. cit.*, p. 62.

¹⁷⁴ Decisión del Acuerdo de Cartagena 486. Art. 19. Registro Oficial No. 258 de 2 de febrero del 2001.

¹⁷⁵ Miguel Vidal-Quadras Trías de Bes. *Estudio sobre los requisitos de patentabilidad ... Óp. cit.*, pp. 89-89.

recursos judiciales y administrativos en materia de competencia en un mercado relevante con base a un derecho de patente.

2. Jurisprudencia Ecuatoriana

a. Acromax Laboratorio Químico Farmacéutico S.A y Pfizer Ireland Pharmaceuticals

La disputa entre ACROMAX LABORATORIO QUIMICO FARMACEUTICO S.A y PFIZER IRELAND PHARMACEUTICALS versa respecto del derecho de patente sobre el proceso del principio activo del Sildenafil mismo que era utilizado por estas compañías para crear los fármacos MAX y VIAGRA respectivamente.

El caso Acromax, que llega a conocimiento de la Corte Constitucional, tiene su antesala en el órgano judicial y administrativo. ACROMAX LABORATORIO QUIMICO FARMACEUTICO S.A. solicita amparo constitucional al Juez Primero de lo Penal del Guayas el 19 de octubre del 2004¹⁷⁶. Este es concedido y se dispone que se abstengan de imponer y/o cumplir las medidas contempladas en los artículos 308 y 309 [referentes a las Medidas Cautelares] de la Ley de Propiedad Intelectual contra ACROMAX LABORATORIO QUIMICO FARMACEUTICO [...]”¹⁷⁷. Se debe destacar que:

El IEPI el 14 de octubre del 2005 emitió la tutela administrativa respecto a los derechos de Acromax, que se relacionaba con la patente de proceso “citrato de Sildenafil”. En la Resolución N.º 0000986725178, menciona: “[...] el procedimiento utilizado por la Compañía Aril SA, Productos Químicos [Argentina], fabricante directo del “citrato de Sildenafil” utilizado por Acromax en la elaboración del producto Max, es diferente al procedimiento empleado por PFIZER en la patente [...]”¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Corte Constitucional. *Sentencia N.º 024-09-SEP-CC*, 29 de septiembre del 2009. Registro Oficial Suplemento 47 de 15 de octubre de 2009.

¹⁷⁷ *Ibíd.*

¹⁷⁸ *Ibíd.*

¹⁷⁹ *Ibíd.*

Posteriormente ACROMAX LABORATORIO QUIMICO FARMACEUTICO S.A. entabla en sede constitucional una acción extraordinaria de protección presentada el 09 de enero del 2009¹⁸⁰, e interpuesta por Acromax Laboratorios Químico Farmacéutico S. A. contra los autos emitidos por la Jueza Quinto de lo Civil de Pichincha, del 23 de febrero del 2005 y del 10 de marzo del 2005¹⁸¹ que en lo principal dispone:

Prohíbese a ACROMAX LABORATORIO QUIMICO FARMACEUTICO S.A. de importar materia prima que contiene el principio activo SILDENAFIL, para lo cual oficiese a los señores Administradores de Aduana y al Ministerio de Salud Pública, se le hará saber de esta medida, a fin de que disponga a los funcionarios de su dependencia de que abstengan de conceder autorizaciones previas y/o permisos de cualquier naturaleza que hagan posible la importación y/o venta del medicamento "MAX"; prohibir a ACROMAX LABORATORIO QUIMICO FARMACEUTICO S.A., de la comercialización en Ecuador del medicamento "MAX"; El retiro de los circuitos comerciales del producto "MAX" y su depósito judicial, debiendo para el efecto, oficiarse a las distribuidoras y comercializadoras de productos farmacéuticos, en especial FARCAMED S.A. FYBECA), DISPROMED, DIFARE, PHARMACYS, BOTICAS BARCIA, FARMACIA 9 de Octubre, FARMACIA VICTORIA, disponiendo que se abstengan de continuar comercializando el producto "MAX", debiendo para el efecto, contarse con uno de los señores Depositario Judicial y Alguacil del cantón¹⁸².

Como cuestión preliminar, la Corte Constitucional realiza un análisis referente a la legitimación activa, misma que según PFIZER IRELAND PHARMACEUTICALS, carece de legitimación activa porque no ha sido presentada por “los ciudadanos en forma individual o colectiva.”¹⁸³ No obstante, la Corte manifiesta que una persona jurídica se encuentra contenida dentro de la disposición de la Constitución que preceptúa la legitimación en una acción extraordinaria de protección; esto en consideración al principio de acceso a la justicia, el derecho al debido proceso y la igualdad en el proceso y principio de no discriminación.

¹⁸⁰ *Ibíd.*

¹⁸¹ *Ibíd.*

¹⁸² *Ibíd.*

¹⁸³ *Ibíd.*

La Corte determina cuatro problemas jurídicos¹⁸⁴ que gravitan en torno a la medida cautelar otorgada por la Jueza Quinto de lo Civil de Pichincha, y su procedencia o no para entablar una acción extraordinaria de protección de derechos constitucionales.

En primer orden la Corte expresa la provisionalidad de las medidas cautelares, hecho del cual se desprende su caducidad una vez que han transcurrido 15 días de su ejecución y no se ha propuesto la demanda en lo principal. En el caso particular la Corte considera que se ha desplegado uno de sus posibles efectos: la incursión en competencia desleal. En efecto, la antes dicha medida cautelar ha tenido una duración de cuatro años y siete meses.

En lo correspondiente al auto en mención, la Corte establece que se trata de un auto definitivo ya que vulnera de forma evidente derechos constitucionales o el debido proceso. Asimismo respecto de la procedencia de esta acción, apela al principio *non bis in ídem* en tanto que existe identidad en las partes y el objeto respecto de un derecho que previamente ya ha sido determinado. Al respecto la Corte manifiesta:

En el caso concreto, es evidente que los derechos anteriormente concedidos por la acción de amparo del juez de primera instancia y la resolución del IEPI (supra) y afectados mediante el auto impugnado, al tratarse del mismo sujeto (Acromax) y el mismo objeto (procesos de patente) activa el principio *non bis in ídem*; por lo tanto, el auto definitivo de avoco de conocimiento de causa (supra) emitido por la Jueza Quinto de lo Civil de Pichincha, vulnera por acción éste, aspectos que, dentro del ámbito individualizado del asunto litigioso resuelto, activan la inseguridad jurídica¹⁸⁵.

Finalmente la Corte resuelve aceptar la demanda de acción extraordinaria de protección y, en consecuencia, dejar sin efecto los autos de fechas 23 de febrero del 2005 y 10 de marzo del 2005 expedidos por el Juzgado Quinto de lo Civil de Pichincha, dentro del juicio N.º 1154-2004¹⁸⁶.

El parte más significativa que hace esta sentencia referente a la conducta analizada en este escrito, es que llega a determinar que existe un abuso de derecho. En efecto, del

¹⁸⁴ *Ibíd.*

¹⁸⁵ *Ibíd.*

¹⁸⁶ *Ibíd.*

análisis a lo largo de la sentencia se desprende que la Corte analiza a profundidad la naturaleza y la esencia de una acción en particular, la de medidas cautelares. Al analizar el objeto de ésta, se pone de manifiesto que este recurso otorgado por el Estado ha sido utilizado con otro propósito distinto al que fue establecido, por cuanto a través de él se pretende apantallar algo que no es otra cosa que la intención de afectar directamente en los negocios del competidor, en especial cuando existe en ese mercado únicamente dos operadores económicos.

Una vez que se han expresado los antecedentes del caso, es menester analizar si la conducta del caso ACROMAX LABORATORIOS QUIMICO FARMACEUTICO S.A v PFIZER IRELAND PHARMACEUTICALS, puede constituir un abuso a los recursos judiciales o administrativos con la finalidad de interferir en los negocios de un competidor en el mercado relevante con base a un derecho patente.

ACROMAX LABORATORIOS QUIMICO FARMACEUTICO S.A v PFIZER IRELAND PHARMACEUTICALS son operadores económicos dentro del mismo mercado del fármaco con base en el principio activo Sildenafil. Del expediente se desprende que PFIZER ostenta poder del mercado y que el único competidor que producía el equivalente bajo la marca MAX era ACROMAX.

PFIZER hizo uso de los recursos otorgados por el Estado ecuatoriano con la supuesta finalidad de defender su derecho de patente sobre el proceso del Sildenafil. De los hechos del caso se desprende que efectivamente PFIZER ejerció su derecho de petición y que el Estado por su lado, su deber de tutela. Se requiere por lo tanto determinar si en este caso se ha hecho uso de recursos judiciales y administrativos con la finalidad de interferir en los negocios de un competidor en el mercado relevante con base a un derecho patente.

En lo que respecta al primer requisito: que el recurso accionado por el operador económico carezca de fundamento: conforme ha sido analizado por la Corte Constitucional se destaca que el recurso accionado, es decir la medida cautelar, en efecto fue ejercida sin fundamento, toda vez que existía un pronunciamiento previo del órgano nacional competente en materia de derechos de propiedad intelectual,

específicamente en derechos de patente, el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual. En su resolución, claramente indica que el derecho de patente sobre el proceso para fabricar el principio activo “citrato de Sildenafil” es distinto de aquel que es propiedad de PFIZER IRELAND PHARMACEUTICALS. Considerando que PFIZER en efecto conocía esta resolución por parte del IEPI, y que pese a esto entabló una acción de medidas cautelares sobre un producto que gozaba de derechos plenamente reconocidos; se infiere que dicha acción carecía de fundamento alguno.

Asimismo, en caso de considerarse una interpretación más flexible respecto de si podría haberse calificado razonablemente como un intento de restablecer el derecho del operador económico en cuanto a su patente; la respuesta procedente se encuentra en la misma línea que el párrafo anterior, por cuanto PFIZER no podía razonablemente considerar su derecho afectado; más aún después de que el IEPI expresamente resolvió que el procedimiento protegido por el derecho de patente es distinto de aquel utilizado por “utilizado por la compañía Aril S.A., Productos Químicos, fabricante directo del “citrato de Sildenafil” utilizado por Acromax en la elaboración de su producto Max”¹⁸⁷.

De allí puede concluirse que PFIZER no buscaba el restablecimiento de su derecho sino que abusó de los recursos otorgados por el Estado para obstaculizar el negocio de su única competencia ACROMAX LABORATORIO QUIMICO FARMACEUTICO S.A. Se desprende de los hechos del caso que el operador económico PFIZER actuó úvocamente con la finalidad de interferir en los negocios de su competidor; cuestión con la que efectivamente tuvo mucho éxito al impedir que ACROMAX competiera en el mercado del fármaco de principio activo Sildenafil por más de cuatro años.

b. Resolución del Ministerio de Industrias y Productividad No. MIPRO-001-2011 el Caso Pfizer

La Resolución del Ministerio de Industrias y Productividad No. MIPRO-001-2011, es el resultado de la acumulación del los procesos de investigación No. I-C-17885-

¹⁸⁷ *Ibíd.*

2009-SCs y SCC-DC-0012-2012¹⁸⁸ por supuesto abusos de posición de dominio en el mercado relevante del principio activo Sildenafil en Ecuador, a través del abuso de recursos judiciales y administrativos. En el presente caso, varias compañías denuncian ante el Ministerio de Industrias y Productividad este comportamiento en contra de Pfizer Ireland Pharmaceuticals, Pfizer Cía. Ltda., Pfizer Overseas Pharmaceuticals y Pfizer Research and Development N.V./S.A. al alegar que éstas basaron su comportamiento en un derecho de patente de procedimiento.

En este sentido, y en referencia a las conductas investigadas, se manifiesta en la Resolución No. MIPRO-001-2011 lo siguiente:

En ambos informes finales presentados por la Subsecretaria de Competencia y Defensa del Consumidor se determina que la denunciada fue investigada por presuntas prácticas anticompetitivas sobre conductas restrictivas de la libre competencia o prácticas atentatorias contra la libre competencia que la denunciada PFIZER, habría practicado con el objeto de mantener su posición dominante en el mercado relevante ejerciendo para ello supuestamente en forma abusiva diversas acciones judiciales y administrativas como barrera a la entrada de productos de sus competidores que contiene el principio activo Sildenafil, incluyendo productos de la denunciante.¹⁸⁹

Con motivo de realizar un análisis profundo de la resolución en mención, se hará un recuento de algunas de las aportaciones más significativas al momento de resolver sobre la cuestión, para posteriormente analizarlos de conformidad a los criterios generales establecidos por el derecho comparado.

Antes de comenzar con el análisis, es menester mencionar en primer orden que el Ministerio de Industrias y Productividad y la Subsecretaria de Competencia eran en ese entonces autoridad de aplicación y autoridad investigadora respectivamente en lo referente a la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina; que continúe las Normas para la Protección y Promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina¹⁹⁰. En lo que respecta al análisis que se contiene en la Resolución No. MIPRO-

¹⁸⁸ Ministerio de Industrias y Productividad. *Resolución del No. MIPRO-001-2011* de 6 de abril del 2011.

¹⁸⁹ *Ibíd.*

¹⁹⁰ Decreto Ejecutivo No. 1614. Registro Oficial No. 558 de 27 de marzo del 2009. Art. 1.

001-2011, cabe manifestar que ésta basa su decisión en el informe elaborado por la Subsecretaría de Competencia.

Pasando ahora al primer punto, entre las cuestiones más importantes de esta resolución encontramos las siguientes: la delimitación del mercado relevante, la determinación de posición de dominio, la cláusula general prohibitiva, el análisis de la conducta restrictiva de la competencia y el ejercicio del derecho de tutela.

En la resolución se considera que para poder determinar si la conducta de la que se le acusa a la denunciada se configura, es necesario primeramente determinar la contextualización de la conducta, por lo que deberá determinarse cuál es el mercado relevante y si la denunciada ostenta o no posición dominante en este mercado. La autoridad provee una definición bastante completa del mercado relevante. Al respecto menciona:

Mercado relevante como aquel que está siendo distorsionado por la realización de prácticas anticompetitivas; en consecuencia, el mercado relevante “constituye el área de negocio en la que se tiene que jugar vis-á-vis el poder económico de la empresa en cuestión con el de sus competidores” (STJCE 14-XII-1985, ECS/AKZO DOCE L374/1 parr 62. [...]“el objetivo de la delimitación del Mercado es definir un área de comercio en la que evaluar las condiciones de la competencia y el poder de Mercado de la empresa dominante (id parr 64)¹⁹¹.

Asimismo la autoridad considera que para analizar este mensaje, es necesario analizar factores como “la existencia de productos o servicios sustitutos en función de sus características, precio y uso previsto, así como el ámbito geográfico comprendido por el mercado, definiendo el espacio de la competencia efectiva que corresponda”¹⁹².

En el presente caso, la autoridad de competencia en base a los conceptos antes enunciados, determina que el mercado relevante “corresponde exclusivamente a productos farmacéuticos o medicamentos de uso humano que contienen el principio activo Sildenafil”¹⁹³. Para poder llegar a esta conclusión, la autoridad analiza

¹⁹¹ Ministerio de Industrias y Productividad. *Resolución del No. MIPRO-001-2011* de 6 de abril del 2011.

¹⁹² *Ibíd.*

¹⁹³ *Ibíd.*

profundamente la pertinencia del argumento de PFIZER quien sostiene que “que los productos Cialis; Levitra y Viagra son sustituibles, pues todos ellos son medicamentos que sirven para el tratamiento de la disfunción eréctil al actuar como inhibidores de la enzima PDES”¹⁹⁴.

La autoridad de competencia determina 4 razones por las cuales tal criterio es erróneo. Primero la diferencia entre el Viagra y los otros productos es que éste último es elaborado en base al principio activo Sildenafil; en segundo lugar este fármaco se encuentra en un grupo farmacéutico que puede ser adquirido únicamente por el consumidor con una receta o prescripción de un médico; en tercer lugar el Viagra con principio activo Sildenafil no es sustituible con los otros productos por cuanto al ser prescrito por un médico, su único sustituible es aquel que contiene el mismo principio activo. Finalmente este medicamento a diferencia de muchos otros no puede ser elegido a mero criterio del consumidor y no pertenece a un mercado “popular”¹⁹⁵.

Pasando ahora al segundo ámbito, la autoridad en su análisis para determinar la existencia o no de posición de dominio por parte de PFIZER cita el artículo 9 de la Decisión 608 y menciona:

Se entenderá que uno o más agentes económicos tienen posición de dominio en el mercado relevante, cuando tengan la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar, en forma sustancial, las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que los demás agentes económicos competidores o no, potenciales o reales, o los consumidores puedan, en ese momento o en un futuro inmediato contrarrestar dicha posibilidad¹⁹⁶.

En este caso, la autoridad de competencia realizó varias verificaciones económicas que le permitieron distinguir si PFIZER tuvo la posibilidad sustancial de distorsionar el mercado relevante sin que sus rivales o consumidores puedan defenderse inmediatamente. Es así que el análisis económico presenta tres componentes importantes los precios, la concentración del mercado y el índice de dominancia. En lo

¹⁹⁴ *Ibíd.*

¹⁹⁵ Sobre este respecto la Subsecretaria de Competencia hace un análisis muy interesante donde abarca una perspectiva desde la legislación de salud.

¹⁹⁶ *Ibíd.*

correspondiente a los precios, la autoridad concluye que debido a la naturaleza de estos y al ser un bien inelástico cuyo precio tiene un máximo establecido por el Consejo de Salud la variación de esto no es concluyente para determinar si PFIZER tiene una posición dominante.

Por otro lado en lo referente a la concentración del mercado, se observa que “la venta de productos del principio activo Sildenafil en el periodo 2000-2010 tiene un alto grado de la concentración en el mercado tal como evidencia el Índice Herfindahl-Hirschmann (HHI) y el Índice de Dominancia (ID)”¹⁹⁷. Al respecto se debe señalar que los dos primeros años de este período PFIZER poseía control absoluto del mercado por lo que tenía un índice de dominancia de 10.000¹⁹⁸, lo que posteriormente se vio reducido aunque siempre manteniendo el HHI más alto.

En cuanto al análisis del índice de dominancia, la autoridad hace referencia al criterio ya utilizado en los casos Aerogal vs Aerolane y TAME vs Aerolane y señala que “un índice de dominancia superior a 1.800 unidades representa un alto nivel de concentración del mercado relevante”¹⁹⁹. En el caso particular de PFIZER, el ID es mayor a 1.800 por lo que se demuestra que tenía posición dominante entre el 2000 y 2009.

Habiéndose evidenciado la posición dominante de PFIZER, la autoridad de Competencia recurre a la cláusula general prohibitiva con motivo de determinar si la conducta accionada por PFIZER constituye una conducta atentatoria a la libre competencia. La cláusula general prohibitiva se encuentra contenida en el artículo 8 literal g) de la Decisión 608 donde se establece que: “Se presumen que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado: aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en

¹⁹⁷ *Ibíd.*

¹⁹⁸ *Ibíd.*

¹⁹⁹ *Ibíd.*

el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica”²⁰⁰. En el análisis de la autoridad de Competencia esta indica que:

En relación con el literal g) del artículo 8 de la Decisión 608 de la CAN, considerada como “Clausula General Prohibitiva”, la Subsecretaria de la Competencia y Defensa del Consumidor, siguiendo su línea conductual referida a los informes emitidos en forma coincidente invoca la doctrina que establece la imposibilidad de abarcar o enumerar en la legislativo relativa a la libre competencia, todas las conductas que pueden ser consideradas como restrictivas, monopólicas [...] en definitiva prohibidas, dada las condiciones del mercado que se encuentra sujeto a una serie de circunstancias cambiantes y que por lo tanto no puede contemplar todas las conductas que se presente y que afecte a la libre competencia. Esta realidad provoca que las legislaciones regulaciones de la competencia de los diversos países no adopten una enumeración taxativa o excluyente de conductas prohibidas; sino que, por el contrario se emplee una figura amplia “... y relativamente abstracta, capaz de incluir las diversas variantes de los actos contrarios a la libre concurrencia” (Guillermo Cabanelas Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia.²⁰¹

Este criterio, vertido por la autoridad, se respalda en una consulta realizada al señor Secretario General de la Comunidad Andina de Naciones con motivo de determinar si el abuso de derecho y/o fraude a la Ley y/o la utilización de medios judiciales, son conductas contempladas en los artículos 8 y 9 de la Decisión 608 de la CAN. Al respecto el Director General de la Comunidad Andina manifiesta:

“En la medida que las conductas de “abuso de Derecho”, el “fraude a la Ley” y/o la “utilización de medios judiciales constituyan en una posibilidad de restringir, afectar o distorsionar las condiciones de la oferta o demanda en el mercado de bienes o servicios, sin que los demás agentes económicos competidores o no, potenciales o reales, o los consumidores puedan, en ese momento o en un futuro inmediato contrarrestar dicha posibilidad, estarán en el ámbito de la Decisión 608”²⁰²

Dicho esto, la autoridad de competencia concluye que la conducta investigada en el presente caso es “el abuso de derecho [como] una de aquellas conductas que impiden o dificultan el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el

²⁰⁰ Decisión del Acuerdo de Cartagena 608. Art. 8. Registro Oficial Suplemento 18 de 25 de febrero del 2008.

²⁰¹ Ministerio de Industrias y Productividad. *Resolución del No. MIPRO-001-2011* de 6 de abril del 2011.

²⁰² *Ibíd.*

mercado por razones diferentes a la eficiencia económica”, tipificada como “conducta de abuso de posición de dominio” en el literal g) del Art. 8”²⁰³.

Establecido esto, la autoridad de Competencia hace un análisis completo del abuso del derecho como conducta restrictiva a la competencia. Respecto de esta conducta manifiesta:

Abuso por acciones interpuestas usadas como herramienta procesal, si las acciones planteadas, constituyen una nueva herramienta usada por quien ostenta posición dominante en el mercado para impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, fines desviados de los que naturalmente les corresponde dentro del ordenamiento jurídico²⁰⁴.

El abuso de procesos legales o litigación predatoria, consiste en la utilización de procedimientos administrativos y procesos judiciales como un medio para afectar a uno o más competidores de manera directa o indirecta. Es importante por tanto, determinar cuando el ejercicio de estos derechos resulta ilegítimo y puede configurar un supuesto abuso de procesos legales.²⁰⁵

Dentro el análisis que se realiza, se destaca la importancia del los derechos donde se incluye el derecho de petición. Al respecto la autoridad manifiesta que “todos los derechos, cualquiera que sea su fuente reales o personales, patrimoniales o de familia, y aun las garantías constitucionales son susceptibles de un ejercicio abusivo”²⁰⁶. Es precisamente ese ejercicio abusivo el que debe ser sancionado. Refiriéndose al caso específico de Ecuador la autoridad antes nombrada manifiesta que:

No se trata pues, de limitar y peor aun sancionar a un agente económico por acudir, en uso de la facultad que otorgan a toda persona los artículos 66, numeral 23 y 75 de la Constitución de la República del Ecuador ante órganos gubernamentales para hacer valer sus pretendidos derechos. Lo que si debe y le corresponde efectuar a esta Autoridad es sancionar las conductas restrictivas de la libre competencia y que impliquen un abuso de posición de dominio en un mercado determinado (Relevante). Se desechan por tanto los argumentos planeados²⁰⁷.

²⁰³ *Ibíd.*

²⁰⁴ *Ibíd.*

²⁰⁵ *Ibíd.*

²⁰⁶ *Ibíd.*

²⁰⁷ *Ibíd.*

El momento que la autoridad traslada los criterios antes enunciados al caso de PFIZER, concluye que PFIZER entabló múltiples recursos judiciales y administrativos, todos los cuales estaban dirigidos a:

1. Prohibición de importar al Ecuador la materia prima que contiene el principio activo Sildenafil 2. Evitar que se concedan autorizaciones previas y/o permisos de cualquier naturaleza que hagan posible la importación y/o venta del medicamento en cuestión. 3. Prohibición de comercializar en Ecuador el medicamento sujeto a la medida cautelar. 4. Retiro de los circuitos comerciales del producto sujeto a la medida cautelar y su depósito judicial²⁰⁸.

Motivo por el cual, conforme al criterio de la autoridad:

[L]as actuaciones de PFIZER, numerosas, prolongadas, calificadas por la Corte Constitucional como de abuso de derecho y coincidentes con los criterios doctrinarios y jurisprudenciales que así lo califican, han provocado un perjuicio al mercado y al consumidor materia que regula esta autoridad y que se encuentra enmarcada en el dispuesto por el artículo 8 literal g) de la decisión 608, al haber dificultado el acceso o permanencia de competidores por razones diferentes a la eficiencia económica.²⁰⁹

Este criterio es verificado por la autoridad de competencia en dos cuestiones esenciales. La primera se refiere a que las acciones que entabla PFIZER no importan un beneficio adicional que permita razonablemente concluir que es entablada para obtener el pronunciamiento de un derecho a su favor. La otra cuestión radica en que con esa actuación (refiriéndonos a los distintos recursos entablados por PFIZER), ésta buscaba impedir, retrasar o desincentivar el ingreso o mantenimiento de un competidor en el mercado.

Estos dos criterios de verificación son sustentados por múltiple jurisprudencia citada por el Ministerio de Industrias y Productividad entre las que debe destacarse la sentencia No. 024-09-SEP-C.C. dictada por la Corte Constitucional en la acción extraordinaria de protección planteada a nombre de Acromax Laboratorios Químico Farmacéutico S.A. por su aplicación al caso, la identidad con el derecho de patente y la persecución de un fin anticompetitivo; y la sentencia No. 026-2010/CLC-INDECOPI dictada el 3 de mayo del 2010 por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del

²⁰⁸ *Ibíd.*

²⁰⁹ *Ibíd.*

Instituto de Defensa de la Competencia y Propiedad intelectual de Perú (INDECOPI), por cuanto converge la visión de la conducta en derecho comparado conocido como *Sham Litigation*, con la visión aplicada a Latinoamérica.

Una vez que se ha hecho el recuento de las aportaciones más significativas al momento de resolver sobre las acciones entabladas por PFIZER, corresponde continuar con el análisis de esta resolución de conformidad con los criterios generales establecidos por el derecho comparado para la verificación de los requisitos que definen esta conducta. En primer orden, debemos resaltar que tal como desprenden de los hechos del caso PFIZER, durante el período de análisis ostentó una posición dominante en el mercado; circunstancia que se evidencia tanto con su índice de dominancia como con el HHI.

De otra parte, en cuanto corresponde a los recursos administrativos y judiciales entablados por PFIZER, se puede evidenciar que este no hizo uso de su derecho de tutela efectiva y de su derecho de petición, sino que abusó de ellos al utilizarlos con una finalidad distinta de la de defender un derecho particular. Dicho sea de paso, se destaca del expediente que PFIZER buscó de toda manera entorpecer al desarrollo de su competencia. Cuestiones que se prueban con la correlación expuesta entre la cronología del ejercicio de las medidas cautelares y los efectos derivados de estos hechos, así como los beneficios obtenidos por PFIZER.

Con estas consideraciones, la conducta materia de análisis materializa su contextualización por cuanto las partes denunciadas y denunciadas son operadores económicos que tienen su actividad económica en un mercado específico, el del principio activo del Sildenafil.

Adicionalmente, como ya se dijo antes, PFIZER abusó de recursos judiciales y administrativos en distintas sedes. Pese a esta diversidad, debe subrayarse que la mayoría de éstos fueron por medidas cautelares con el supuesto fin de defender un derecho de patentes sobre el proceso de obtención del principio activo Sildenafil. Sin embargo, esto fue una mera pantalla pues este derecho en ningún momento se vio afectado toda vez que las partes a las que se sometieron a dictámenes de medidas

cautelares, gozaban de un derecho equivalente igualmente reconocido con un procedimiento distinto de obtención, o a su vez eran usuarias de un operador económico que era propietario de este derecho.

Habiéndose dejado sentado el escenario de análisis, corresponde ahora determinar la existencia del abuso de recursos judiciales y administrativos en materia de competencia. En lo concerniente al primer requisito, “Que el recurso accionado por el operador económico carezca de fundamento”, está claro que PFIZER entabló múltiples acciones judiciales y administrativas que carecían de fundamento. El derecho que buscaba defender en sí, ya había sido analizado por el ente competente quien determinó que el derecho de patente de procedimiento de PFIZER era distinto del de las otras partes por lo que no estaba siendo afectado.

En esta misma línea, conforme criterio de la autoridad de competencia, se debe considerar que se puede concluir también que las acciones de PFIZER carecen de fundamento pues el espíritu con que ellas se entablan debe ser el de obtener el reconocimiento de un derecho legítimo. En el caso presente PFIZER no entabló los recursos y acciones en base al espíritu de estos sino que los planteó de manera consecutiva de tal forma que buscaba un fin distinto. Es justamente este fin distinto el que configura la segunda parte de la conducta. En lo que respecta a si PFIZER actuó con la finalidad de interferir en los negocios de su competidor; puede concluirse sin duda alguna que sí.

Del caso se desprende que PFIZER ostentaba en el 2000 una posición de monopolio absoluto en el mercado del principio activo Sildenafil. Pocos años después dentro del mercado de este producto, ingresaron nuevos operadores económicos. De forma simultánea a su ingreso, se nota que la cuota que únicamente pertenecía PFIZER se empieza a distribuir entre los distintos actores. Y es precisamente aquí donde PFIZER empieza a entablar medidas cautelares en contra de su competencia mismas que en su mayoría resultan sumamente “exitosas” y para continuar en su actividad con poder de mercado en el mercado relevante del principio activo Sildenafil. Es así que

conforme reconoce PFIZER “ya ha sacado del mercado a gran parte de sus competidores”²¹⁰. Se ve con claridad que PZIFER desarrolló un plan estratégico para continuar dominando el mercado del principio activo del Sildenafil, misma que viola el derecho a la libre competencia.

c. Resolución del Ministerio de Industrias y Productividad No. MIPRO-003-2011 Susej S.A. vs Eli Lilly Interamerica Inc.

La resolución No. MIPRO-003-2011, es la consecuencia del proceso de investigación No. SCC-D-C-005-2010 seguido en el Ministerio de Industrias y Productividad tras la denuncia presentada por SUSEJ S.A., al considerar que la empresa ELI LILLY INTERAMERICA INC. ha efectuado conductas de competencia desleal tipificadas bajo la Decisión 608, artículo 8, literal g). SUSEJ específicamente acusa a ELI LILLY de:

[H]aber “utilizado de manera injusta a los órganos de justicia para sacar del mercado mediante la solicitud y adopción de medidas cautelares a uno de sus competidores, en este caso la compañía SUSEJ S.A. monopolizando en el Ecuador la venta del principio activo OLANZAPINA, con su marca ZYPREXA”²¹¹.

La autoridad de competencia inicia su análisis manifestando que “Los invocados mandatos constitucionales y el objetivo previsto en la Decisión 608, responden a la finalidad de precautar el interés económico general que implica fundamentalmente el bienestar de los consumidores y la eficiencia del mercado”²¹². Para la resolución del caso, el Ministerio de Industrias y Productividad se fundamenta en el informe emitido por la Subsecretaría de la Competencia y Defensa del Consumidor; quien fija la conducta en los siguientes términos:

[L]a denunciada ELI LILLY fue investigada por presuntas conductas restrictivas de la libre competencia o prácticas atentatorias contra la libre competencia (Lit. g- del Art. 8 de la Decisión 608), que habría practicado con el objeto de mantener su posición dominante en el mercado relevante ejerciendo para el/o supuestamente en

²¹⁰ *Ibíd.*

²¹¹ Ministerio de Industrias y Productividad. *Resolución del No. MIPRO-003-2011* de 14 de octubre del 2011.

²¹² *Ibíd.*

forma abusiva diversas acciones judiciales y administrativas como barrera a la entrada de productos de sus competidores que contienen el principio activo Olanzapina, incluyendo productos de la denunciante ... En resumen, la conducta [...], es el abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de derecho por parte de la denunciada, conducta prohibida dentro del literal g) del artículo 8 de la Decisión 608 de la Comunidad Andina referida ut supra.” [...] la Subsecretaria de la Competencia y Defensa del Consumidor, en su calidad de Autoridad investigadora [...], ha establecido que la conducta objeto de la Investigación, es la determinada en el literal g) del artículo 8 de la Decisión 608 de la CAN²¹³.

Asimismo, una vez establecida la conducta, la Subsecretaría determina que el mercado relevante es aquel mercado “de medicamentos de uso humano que contiene el principio activo Olanzapina para el tratamiento de la esquizofrenia y/o bipolaridad”²¹⁴. Con motivo de definir este mercado, la Subsecretaria destaca la necesidad de diferenciar el comportamiento del operador económico que es el mercado temporal de estudio de mercado de la Olanzapina y el mercado temporal para la investigación de la conducta anticompetitiva. Sobre esto señala el periodo para fijar el análisis económico del mercado (enero 2006 – diciembre 2010²¹⁵) y el periodo en que el juez avoca conocimiento y la fecha en que es concedida la apelación a Lilly (septiembre 25, 2008 hasta el diciembre 7, 2010)²¹⁶; respectivamente.

En el presente caso al igual que en PFIZER, el criterio que utiliza la Subsecretaria referente a la delimitación del mercado relevante, es que el mercado del producto Olanzapina es el de medicamentos de uso humano que para ser adquirido requiere de una prescripción médica que sirva para tratar esquizofrenia y/o bipolaridad. La distinción de este medicamento con otros con distinto principio activo, es que éste se receta específicamente por determinadas causas; de aquí que su prescripción dependa de las características del paciente. Es por esto que los productos con principio activo de la Olanzapina no son sustituibles con otros de distinto principio activo que traten también a esta enfermedad. Sin embargo, se desprende que lo que si se faculta hacer, es señalar en la prescripción el medicamento genérico y de marca con el mismo principio activo.

²¹³ *Ibíd.*

²¹⁴ *Ibíd.*

²¹⁵ *Ibíd.*

²¹⁶ *Ibíd.*

En lo que respecta al análisis de la conducta investigada, la Subsecretaría desestima de valor algunas cuestiones como: el resultado de la apelación impuesta por Eli Lilly Inc que levantó las medidas cautelares, y la alegación de que de los 21 procesos judiciales interpuestos Elli Lilly en contra de agentes económicos en el mercado de la Olanzapina²¹⁷ ninguno versa sobre el principio activo antes dicho y que de estos procesos, tres se refieren indirectamente al principio Olanzapina²¹⁸ y únicamente uno está directamente relacionado: el de medidas cautelares tramitado ante el Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha²¹⁹.

El análisis económico que realiza la Subsecretaría concluye que Elli Lilly a través de su producto ZYPREXA, ostentaba posición dominante. En efecto, en el periodo de enero 2006 a diciembre 2010, el promedio de participación promedio de las ventas totales en el sector privado era de 84.50%. Posteriormente, a partir de la medida cautelar a finales del 2008²²⁰, se ve que ZYPREXA tiene un incremento en la participación del mercado del 24.99%. En esas circunstancias entra un nuevo operador a este mercado por lo que la cuota que ostentaba SUSEJ se distribuye en el mercado relevante.

En lo relacionado con el porcentaje de participación promedio de ventas totales en el sector público entre enero 2008 y diciembre 2010, se ve que Eli Lilly ostenta un 43.24% y que Abl Pharma predomina con el 53.89%. En lo que respecta al análisis de participación en el mercado público ente el periodo enero 2006- diciembre 2010, se ve que Eli Lilly era el único operador de mercado. En el 2007 empieza a decrecer su porcentaje y SUSEJ adquiere la cuota del 5.64%. Luego, en el 2008, la cuota de SUSEJ vuelve a aumentar esta vez duplicándose. Para el 2009 SUSEJ tenía una participación insignificante y para el 2010 ya no operó en el mercado.

²¹⁷ *Ibíd.*

²¹⁸ *Ibíd.*

²¹⁹ *Ibíd.*

²²⁰ *Ibíd.*

Dicho esto, la autoridad de competencia analiza el abuso de derecho y establece que “para establecer la existencia de abuso de derecho, esta autoridad analizará si la conducta investigada en este procedimiento de investigación constituye “abuso de derecho” enmarcada en el literal g) del Art. 8 de la Decisión 608; esto es, si constituye una conducta de abuso de posición de dominio, con base en los siguientes parámetros de valoración”²²¹:

6.2.4.1. Fines o pretensiones -desde el punto de vista de la Competencia- que se persiguen con las acciones judiciales propuestas. 6.2.4.2. Cantidad de acciones judiciales interpuestas por el mismo acto u omisión. 6.2.4.3. Cumplimiento de los principios rectores de la administración de justicia aplicables a los sujetos procesales. 6.2.4.4. Efectos que produjo la conducta investigada - acción de medidas cautelares- en el mercado²²².

En lo que respecta al primer punto sobre los fines o pretensiones desde el punto de vista de la competencia, la autoridad destaca que “con la acción de medidas cautelares, se pretendió conseguir los siguientes efectos comerciales”²²³:

Prohibición del uso comercial desleal de los datos e información confidencial de mi representada, que consiste en el aprovechamiento no autorizado de los datos de prueba entregados a la Autoridad de Salud en el Ecuador; Prohibición de venta del medicamento denominado TANSSEL® que contiene OLANZAPINA; Suspensión de los efectos comerciales del Registro Sanitario otorgado a favor de Laboratorios SUSEJ respecto de los medicamentos que contengan el principio activo OLANZAPINA quedando en consecuencia prohibida su venta en el Ecuador; Retiro de los circuitos comerciales de los medicamentos copias que tenga OLANZAPINA de Laboratorios SUSEJ; Prohibición de importación de los productos respecto a los cuales se pide la medida cautelar; “se servirá disponer que el Instituto de Higiene y Medicina Tropical Leopoldo Izquieta Pérez, se abstenga de tramitar toda otra nueva solicitud de registro sanitario de medicamentos que contengan Olanzapina, que venga de laboratorios Susej S.A. a menos que presenten su propios datos de prueba o estudios de biodisponibilidad o bioequivalencia”²²⁴.

Al analizar este primer parámetro la autoridad de competencia concluye que:

Sin entrar a analizar el derecho que eventualmente pueda tener –o no- la Empresa Denunciada a presentar esta acción, la acción de medidas cautelares solicitada por Eli

²²¹ *Ibíd.*

²²² *Ibíd.*

²²³ *Ibíd.*

²²⁴ *Ibíd.*

Lilly Interamerica Inc. y ordenada por el Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha produjo el efecto de que el medicamento TANSSEL de la Compañía SUSEJ S.A.A salga del mercado relevante: circunstancia que permite establecer que el presente caso se configuro el primer elemento –no necesariamente reprochable- que permite valorar o establecer una conducta que pueda ser catalogada como “Abuso de derecho”, al considerar que no ha existido afectación al mercado ni al consumidor²²⁵.

Sobre la conducta abuso de acciones judiciales, la autoridad de competencia cita a la sentencia No. 026-2010/CLC-INDECOPI del INDECOPI que menciona que:

La intención anticompetitiva también podrá ser verificada a partir de determinadas circunstancias asociadas a los procesos legales como, por ejemplo la oportunidad en la que se inician las acciones legales, los sujetos contra los que se dirigen **y los efectos que pueden tener sobre la competencia**, entre otros elementos indicadores de una motivación predatoria o anticompetitiva (las negrillas se encuentran en el texto original)²²⁶.

Adicionalmente en referencia al derecho de petición, la autoridad de Competencia cita la sentencia N° 47/2006, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile que indica:

Que los derechos de acción y petición -por discrecional que pueda ser su ejercicio- no comprenden la facultad de su titular de infringir la libre competencia. Un adecuado entendimiento de los derechos subjetivos considera como límite natural a su ejercicio el respeto a los derechos de otras personas y al orden público que resguarda el interés general. El D.L. N° 211 es precisamente una de las fronteras que el ordenamiento jurídico reconoce al ejercicio de los derechos, de manera que la conducta que lo infringe no puede ser considerada -al mismo tiempo- un derecho y una infracción;...”²²⁷.

En lo concerniente a los efectos que produjeron las medidas cautelares, la autoridad de competencia determina que si bien la denunciada ostenta una posición dominante en el mercado del principio activo Olanzapina, la medida cautelar ejercida en contra de TANSSEL, “no han distorsionado al mercado, ni ha afectado al consumidor”²²⁸.

Una vez que ha sido realizada la correspondiente enunciación de los aspectos de mayor trascendencia de este caso, corresponde analizar la argumentación del Ministerio

²²⁵ *Ibíd.*

²²⁶ *Ibíd.*

²²⁷ *Ibíd.*

²²⁸ *Ibíd.*

de Industrias con el propósito de determinar de conformidad con los criterios planteados en este escrito sobre la verificación de la conducta de abuso de recursos judiciales y administrativos en materia de competencia; si ésta ha llegado a una conclusión asertiva el momento de desechar la denuncia planteada por SUSEJ S.A. en contra de ELI LILLY INTERAMERICA INC. Este análisis se realiza en cuatro aspectos esenciales, la existencia del poder de mercado, la tutela efectiva, la contextualización de la conducta y la verificación de los requisitos para determinar que existe abuso de recursos judiciales y administrativos en materia de competencia.

En lo concerniente al primer ámbito, del análisis de caso se desprende que Eli Lilly ostentaba poder de mercado. En efecto, a inicios del periodo de análisis no contaba con competidor dentro del mercado de la Olanzapina. Este poder de mercado es afirmado por el MIPRO tanto en el mercado público como privado, de conformidad con los estudios elaborados por la Subsecretaría de Competencia y Defensa del Consumidor.

Antes de pasar al siguiente elemento de análisis es importante destacar que llama la atención la diferencia que establece la autoridad de competencia con la finalidad de dividir el mercado temporal en el estudio del mercado y la investigación de la conducta anticompetitiva.

En lo que respecta al primero, debe verse que la autoridad a su vez divide este estudio en, el análisis referente a la participación promedio en ventas totales en el sector privado, y la de ventas en el sector público de Eli Lilly. Asimismo la autoridad indica que el período determinado para el análisis económico va de (enero 2006 – diciembre 2010)²²⁹, sin embargo no se expone motivo alguno de por qué este periodo es utilizado para medir la participación promedio únicamente en el sector privado y no para el análisis del sector público donde el período considerado fue enero 2008 y diciembre 2010²³⁰.

²²⁹ *Ibíd.*

²³⁰ *Ibíd.*

La otra parte del mercado temporal: el período para la investigación de la conducta; está fijado desde que el juez avoca conocimiento en el juicio de medidas cautelares hasta la fecha en que es concedida la apelación a Lilly con efecto devolutivo, esto es de septiembre 25, 2008 hasta el diciembre 7, 2010²³¹. Debe destacarse aquí que la autoridad de competencia no analizar los periodos 2006 y 2007 ni tampoco concluye el análisis del mes de diciembre del 2010. La perspectiva que toma la autoridad es bastante rígida, en contraste con la naturaleza de la conducta de abuso de recursos judiciales y administrativos en materia de competencia.

Por lo antes dicho, se he considerado necesario hacer una recapitulación cronológica de los recursos como acciones entabladas por Eli Lilly con la particularidad de la inclusión de la denuncia ante el MIPRO entablada por SUSEJ. Esto se ve reflejado en la siguiente tabla:

Tabla No. 1

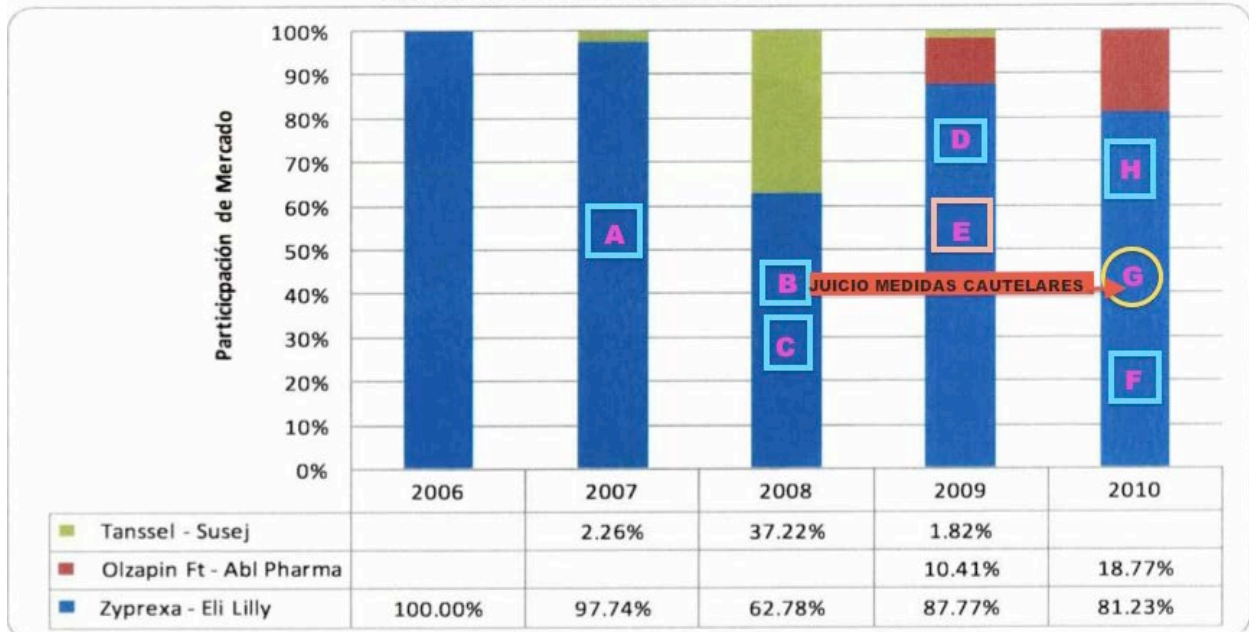
Revisión cronológica de acciones y recursos entablados			
	No. Juicio	Fecha	Descripción
A	2007-0094	27 de febrero de 2007	Juez califica demanda y señala fecha de inspección en juicio de Providencias Preventivas sobre el producto Olanzapina,
B	2008-0946	25 de septiembre del 2008	Juez califica demanda y ordena se practique inspección al IHMTLIZ en Proceso de medidas cautelares en materia de propiedad intelectual sobre el producto Olanzapina,
C		19 diciembre 2008	Juez ordena medidas cautelares.
D	2009-19257	25 de marzo de 2009	Juez califica y ordena citar en Juicio Verbal Sumario por competencia desleal en referencia al producto

²³¹ *Ibíd.*

			Olanzapina.
E	Proceso de Investigación No. SCC-D-C-005-2010	03 de junio de 2009	Presentación de denuncia por parte de SUSEJ S.A. en contra de ELI LILLY INTERAMERCIA INC. ante la Subsecretaria de Competencia y Defensa al Consumidor
F	2010-1567	23 de noviembre de 2010	Juez avoca conocimiento-se inhibe de conocer y se procede a sorteo. Juicio por daños y perjuicios por presentar solicitud ante el MIPRO
G	2008-0946	1 de diciembre del 2010	Se deja sin efectos las Medidas cautelares.
H		29 de diciembre 2010	Juez concede recurso apelación

Una vez que se ha ampliado el período de análisis de la conducta, es importante trasladar estos datos a los de participación de SUSEJ y Eli Lilly en el mercado de medicamentos con principio activo de Olanzapina. A continuación en el Grafico No. 10 elaborado por la Subsecretaria de Competencia y Defensa del Consumidor se sitúan las acciones descritas en la Tabla No. 1.

Gráfico No. 10
Análisis de la Participación en el Mercado Privado de
Medicamentos con el Principio Activo de Olanzapina
Período Enero 2006 – Diciembre 2010



Fuente y Elaboración: Subsecretaría de Competencia y Defensa del Consumidor

De la adaptación antes realizada se pueden destacar que; en el año 2006 Eli Lilly ostentaba un poder de mercado del 100%. En el año 2007, SUSEJ entra al mercado y obtiene una cuota del 2.26% restándose esto de la cuota de Lilly. Ya en el año 2008 la cuota de SUSEJ se incrementa y pasa a ocupar el 37.22%. Este crecimiento se ve totalmente disminuido para el 2009. Con todo, es importante considerar que a finales del 2008 se inicia el juicio de medidas cautelares impuesto por Lilly contra SUSEJ por lo que para el 2009 de la cuota pérdida de 35.4%, el 24.99% fue obtenido por Lilly mientras que el 10.41% fue adquirido por Abl Pharma²³². Esto equivale a que, de la cuota que perdió SUSEJ el 70.59% fue adquirido por Lilly, mientras que el 29.40% fue adquirido por Abl Pharma. Algo que debe resaltarse aquí, es que de no haber sido por el ingreso de Abl Pharma al mercado de la Olanzapina Lilly hubiese adquirido el 100% de la cuota no ocupada por SUSEJ. Un comportamiento similar se observa en el mercado público.

²³² *Ibíd.*

De lo expuesto se puede concluir que existe una estrecha correlación entre las acciones ejercidas contra SUSEJ con el comportamiento y efectos del mercado en relación a Lilly. Si bien el juicio de medidas cautelares es el indicador prima, las otras acciones también evidencian repercusiones para SUSEJ.

Habiéndose destacado la posición dominante de Lilly, corresponde ahora analizar el derecho de petición ejercido por la denunciada. En el caso en particular se puede ver que Lilly hizo uso de los recursos otorgados por el Estado, con la finalidad de defender un supuesto derecho legítimo que recae sobre el uso de datos de prueba. En el supuesto ejercicio de su derecho, Lilly considera que SUSEJ hizo un “mal uso de los datos de prueba de ZYPREXA para sacar al mercado su producto TANSSEL”²³³. Adicionalmente, Lilly inició otros juicios en relación con el mismo producto del principio activo Olanzapina además del de medidas cautelares; siendo estos los juicios 2007-0094, 2009-19257, 2010-1567²³⁴. Debe señalarse que no todos tuvieron el mismo éxito que el de medidas cautelares.

Pasando ahora a la contextualización de la conducta, se puede afirmar que tanto por SUSEJ S.A. y ELI LILLY INTERAMERICA INC., son operadores económicos que competían en el mercado relevante del producto de principio activo de la Olanzapina, un producto farmacéutico de uso humano que únicamente puede ser expendido con receta médica por lo que no tiene productos sustitutos y esta recetado para la esquizofrenia; acorde a las condiciones específicas de un determinado paciente.

Para la verificación de los requisitos que permitan determinar que existe abuso de recursos judiciales y administrativos en materia de competencia; la autoridad de competencia utiliza unos parámetros rígidos y excluyentes:

6.2.4.1. Fines o pretensiones -desde el punto de vista de la Competencia- que se persiguen con las acciones judiciales propuestas. 6.2.4.2. Cantidad de acciones judiciales interpuestas por el mismo acto u omisión. 6.2.4.3. Cumplimiento de los principios rectores de la administración de justicia aplicables a los sujetos procesales.

²³³ *Ibíd.*

²³⁴ *Ibíd.*

6.2.4.4. Efectos que produjo la conducta investigada - acción de medidas cautelares- en el mercado²³⁵.

Se analizará a continuación cada uno de estos parámetros. En lo concerniente a los fines que persiguen las acciones, la autoridad de competencia destaca los efectos comerciales. No obstante considero que el análisis pertinente es ver como esos efectos comerciales inciden en la competencia entre los dos operadores económicos en el mercado relevante. De los efectos descritos por la autoridad, se advierte que el operador económico afectado, es decir SUSEJ, se vería limitado de continuar sus operaciones en el mercado relevante, especialmente por la prohibición de venta del medicamento TANSSEL.

En cuanto al parámetro de cantidad de acciones judiciales interpuestas por el mismo acto u omisión, considero que la autoridad de competencia no se debería haber limitado por el número de acciones puesto que no interesa cuantas acciones se entablen, éstas pueden ser una o muchas. Lo que debe analizarse, es la finalidad con que fueron accionadas. Además de la mención que se hace acerca del hecho de que dichas acciones son impuestas al mismo acto u omisión, considero que la autoridad no se debe limitar al mismo acto u omisión, sino que debe analizar en una visión macro si estas acciones se pueden relacionar; en cuyo caso podrían llegar a entenderse como una plan estratégico con un solo objetivo: interferir en los negocios del competidor.

El parámetro de cumplimiento de los principios rectores de la administración de justicia aplicables a los sujetos procesales no resulta controversial. Sin embargo esto no ocurre en el parámetro de los efectos que produjo la conducta investigada - acción de medidas cautelares- en el mercado, por cuanto, contrario a lo argumentado por la autoridad de competencia, considero que si existió una distorsión del mercado. Si bien ésta no se refleja en el análisis a los consumidores, debe tenerse en cuenta la naturaleza del producto. Recordemos que los medicamentos con principio activo Olanzapina son inelásticos. Lo que debía haberse considerado es, en efecto, la salida del operador

²³⁵ *Ibíd.*

económico SUSEJ a raíz de las juicio de medidas cautelares por cuanto, como se vio antes, su cuota fue en un principio absorbida por Lilly en un 70.59%.

Toda vez que se han analizado los parámetros establecidos por la autoridad de competencia para determinar si la conducta es abusiva o no; corresponde ahora analizar los hechos de este caso, de conformidad con el criterio jurisprudencial comparado que indica que, para la configuración de la conducta, es necesario que el recurso accionado por el operador económico carezca de fundamento o que tenga fundamento pero sea utilizado como pantalla. Y que el operador económico haya actuado con la finalidad de interferir en los negocios de su competidor

En lo que corresponde al primer requisito, no puede alegarse de manera absoluta que las acciones ejercidas contra SUSEJ carecen de fundamento. Por lo que puede determinarse que en el caso de Lilly, esta tenía un argumento. Sin embargo procede el análisis realizado sobre la naturaleza de las medidas cautelares y sobre todo respecto de su carácter de provisionalidad; por lo que la defensa del derecho sobre protección de los datos de prueba, resulta únicamente una pantalla al querer obtener, a través de un mecanismo legal, un efecto prolongado en el tiempo, que asegure la afectación al operador económico SUSEJ.

Sobre este aspecto, existe otros criterios que consideran que incluso existiendo fundamento en la acción, esta resulta reprochable al verificarse ciertos supuestos.

El ejercicio abusivo de un derecho se produce cuando este derecho es puesto en práctica para seguir un fin distinto de aquel para el que fue concebido afectando con ello otros derechos o bienes jurídicos. En tal sentido, pueden darse casos en los que una persona natural o jurídica utilice los procesos legales no con el objetivo de procurar la atención de un derecho que alega tener, sino con una finalidad anticompetitiva y aun así, contar con una causa probable. En este escenario, la presencia o no de la causa probable al iniciar un litigio será un aspecto estrictamente incidental en el propósito anticompetitivo de un accionante, por lo que no puede ser el factor determinante para definir cuando nos encontramos ante una conducta anticompetitiva de abuso de procesos legales²³⁶.

²³⁶ *Ibíd.*

Continuando con la verificación del segundo requisito que presisa si el operador económico actuó con la finalidad de interferir en los negocios de su competidor; de los hechos del caso se desprende que este requisito si se ha verificado. Aquello que revela de manera evidente esta circunstancia, es la relación entre el comportamiento y salida del mercado relevante de SUSEJ a raíz de los procedimientos que fueron entablados en su contra; especialmente el de medidas cautelares.

En este punto corresponde subrayar que, al contrario de lo alegado por la autoridad de competencia,²³⁷ para que una conducta resulte abusiva y para determinar que ha sido accionada con la finalidad de interferir en su competidor, no es necesario ni que sea numerosa, ni requiere de un dictamen previo sobre su carácter abusivo de un órgano constitucional o judicial. Aquello que resulta necesario y que se evidencia en este caso, es que las acciones tomadas por el operador denunciado buscan distorsionar la competencia.

Respecto a este tema, se considera que Lilly entabló una estrategia para sacar del mercado a SUSEJ. No obstante si bien ésta al principio fue exitosa, luego no tuvo el éxito deseado puesto que entró otro competidor al mercado. Dicho sea de paso, que lo que se analiza es la finalidad de interferencia, más no si tal operador económico tuvo éxito al hacerlo.

Con los criterios antes vertidos considero que la decisión del Ministerio de Industrias y Productividad de desechar la denuncia por no comprobarse afectación al mercado²³⁸ no es procedente.

²³⁷ Las actuaciones judiciales de Eli Lilly, no son ni numerosas, ni prolongadas, ni han sido calificadas por órgano judicial o constitucional alguno como de abuso de derecho

²³⁸ *Ibíd.*

CONCLUSIONES

La cuestión planteada al inicio de este trabajo es: ¿Constituye la libre competencia un bien jurídico a proteger, capaz de sobreponerse al derecho de petición? Luego de un análisis exhaustivo, esta pregunta se responde afirmativamente de conformidad con las siguientes conclusiones:

- La naturaleza de la conducta, abuso de recursos judiciales y administrativos con la finalidad de impedir la entrada de un nuevo competidor en el mercado relevante es compleja y se encuentra comprendida en el ámbito económico-jurídico. Tal conducta, analizada desde la perspectiva estadounidense, latinoamericana, y europea, comparte directrices comunes en lo referente a la importancia del derecho de petición así como del deber del Estado de garantizar su debido ejercicio.
- La visión estadounidense y la visión europea son en términos generales similares. Los criterios que se comparten giran en torno a los requisitos de configuración de la conducta, así como respecto de la relevancia de la posición dominante que sirve de indicador para la aplicación de un criterio de mayor rigurosidad. En cuanto a la visión latinoamericana, esta se perfila como una adaptación de los criterios estadounidense y europeo en la normativa de la Comunidad Andina.
- El abuso de recursos judiciales y administrativos en materia de competencia es claramente un límite válido al ejercicio del derecho de petición. Se parte de que el derecho Constitucional de petición y la tutela efectiva, es un derecho sumamente protegido y considerado como una de las libertades de mayor expresión que tiene el ser humano. La importancia de este derecho ha sido reconocida en varias ocasiones a nivel internacional; no solo a nivel de Derecho de Competencia, sino también en jurisprudencia de derechos humanos.
- La regla general es el ejercicio garantizado del derecho de petición, por lo que se exige un riguroso examen donde ciertos presupuestos deben ser verificados antes de considerar su excepción y limitarlo.
- Para poder plantear la hipótesis de la conducta a analizarse, deben verificarse

las siguientes preguntas: ¿Tiene el operador económico posición dominante o poder de mercado?, ¿Se garantizó el derecho de petición?, ¿Son operadores económicos las partes?, ¿Cuál es el un mercado relevante?, ¿Se usaron recursos como medio de impugnación?, ¿Cuáles?. Únicamente con esta contextualización es posible continuar con el análisis de los requisitos para determinar que existe abuso de recursos judiciales y administrativos en materia de competencia.

- Los requisitos que se evidencian en el derecho comparado estadounidense, europeo y latinoamericano son dos: que el recurso accionado por el operador económico carezca de fundamento y; que el operador económico haya actuado con la finalidad de interferir en los negocios de su competidor. De verificarse estos requisitos se pone en acción el rol del Derecho Administrativo sancionador mediante el cual se sanciona la conducta, como un tipo de abuso de poder de mercado.
- Los criterios para determinar si la conducta es abusiva, son el resultado de la creación de Derecho a través de jurisprudencia específicamente de Estados Unidos. La Doctrina *Noerr-Pennington* y su excepción son el pilar fundamental de esta conducta.
- La jurisprudencia estadounidense y europea son bastante similares. No obstante se puede determinar que el caso europeo resulta ligeramente más flexible que el sistema de análisis de los Estados Unidos de América, que en el análisis de los requisitos objetivo y subjetivo de la conducta, puede desestimarla cuando el elemento referente a la carencia de fundamento en el recurso, no se ha verificado.
- El derecho de patente tiene una característica especial que permite a sus propietarios excluir a sus competidores de manera legítima, cuando estos pretenden hacer uso del mismo. Este criterio que se repite tanto en el caso analizado de Estados Unidos, *CSU LLC v Xerox Corporation*, como en el de Europa con *ITT Promedia NV* contra la Comisión de las Comunidades Europeas.
- El análisis de la conducta de *Sham Litigation* en un mercado relevante con base a un derecho patente es aplicable en Ecuador y además se puede configurar

bajo la cláusula general prohibitiva de la Decision 608, y específicamente como una conducta de abuso de poder de mercado bajo nuestra Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (Art. 9 No. 18).

- Ecuador no cuenta con mayor desarrollo en materia de competencia, menos aún con un gran desarrollo sobre la conducta motivo de análisis de esta obra. La reciente entrada en vigencia de la Ley, es un indicio de que en nuestro país se dará más importancia a este derecho y se beneficiara el interés general que se encuentra detrás de la necesidad de cuidar y defender la libertad de competencia.
- El caso Acromax es el primer avance sustancial en términos jurisprudenciales. Evidencia que el derecho de petición por más “defendible” que intente parecer, puede ser limitado cuando ha sido utilizado únicamente como una pantalla para cubrir lo que en realidad no es nada más, que la intención frívola de interferir en los negocios del competidor.
- El caso No. MIPRO-001-2011 también conocido como el caso PFIZER, es claramente la creación del criterio verificador al analizar la conducta del abuso de recursos judiciales y administrativos en materia de competencia. Asertivamente en este caso se tratan todos los supuestos de contextualización de la conducta, así como se realiza la verificación de los requisitos para poder limitar el derecho de petición. Este caso demuestra la naturaleza compleja de la conducta y la gran interdependencia de lo económico y jurídico existente en su análisis.
- El caso No. MIPRO-003-2011, referente a la disputa entre Susej S.A. vs Eli Lilly Interamerica Inc. no realiza de forma adecuada el enlace necesario entre lo jurídico y lo económico el momento de analizar la conducta. Así mismo no aplica los criterios del derecho comparado y brinda una interpretación distinta a los criterios ya utilizados en el caso No. MIPRO-001-2011.
- Esta obra de investigación es el resultado de la fiel creencia en la evolución del Derecho y la creación jurisprudencial del que este se nutre. demostrándose así su aplicabilidad en nuestro país.

Bibliografía y referencias

- Abuso de la Posición Dominante-Secretaría de la UNCTAD (Nueva York) Informe No. TD/B/COM.2/CLP/66, 2008.
- Ainhoagutiérrez Barrenengoa y Javier Larena. *El Proceso Civil, recursos, ejecución y procesos especiales*. Madrid: DYKINSON SL, 2005.
- Alfredo Bullard y Alejandro Falla. "El abogado del Diablo": El abuso de Procesos Legales o Gubernamentales como Practica Anticompetitiva." *Boletín Latinoamericano de Competencia* (2006).
- Alison Jones y Brenda Smith. *EC Competition Law: Text, Cases and Materials*. Nueva York: Oxford University Press, 2007.
- Amelia Perez. *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: Grupo Difusión, 2011.
- American Bar Association. *ABA Antitrust Section: Monograph No. 18, Nonprice Predation Under Section 2 of the Sherman Act*. Chicago: American Bar Association, 1991.
- American Bar Association. *ABA Section of Antitrust Law: 2007 Annual Review of Antitrust Law Developments*. Chicago: American Bar Association, 2008.
- American Bar Association. *Antitrust Section, Monograph No. 20, Special Defenses in International Antitrust Litigation*. Chicago: ABA Publishing, 1995.
- American Bar Association. *Monograph 25, The Noerr-Pennington Doctrine*. Chicago: ABA Publishing, 2009.
- Carl Shapiro. "Antitrust Limits to Patent Settlements." *The RAND Journal of Economics* (2003).
- Carlos Santos. "Derecho administrativo sancionador y responsabilidad objetiva" *Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho* (2010).
- Christopher C. Klein. "Theory, Cases and Policy". *Bureau of Economics, Federal Trade Commission* (1989).
- Cornell University Law School. La primera enmienda. http://www.law.cornell.edu/wex/sherman_antitrust_act (acceso:29/07/2012)
- Cornell University Law School. La primera enmienda.

http://www.law.cornell.edu/wex/espanol/la_primera_enmienda (acceso:29/01/2012)

Daniel R. Fischel. “Antitrust Liability for Attempts to Influence Government Action: The Basis and Limits of the Noerr-Pennington Doctrine” *University of Chicago Law Review* (1977).

Defensa de la Competencia en Latinoamérica: Aplicación sobre Conductas y Estrategias. United Nations, Economic Commission for Latin America and the Caribbean 2005.

DerechoEcuadorhttp://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=4180(acceso: 29/01/2012)

Derecho. Ecuador *Diccionario Jurídico*
http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=4180. (acceso:24/02/2012).

Ernesto Rengifo García “Abuso de Posición Dominante en la Propiedad Intelectual”, Bogotá: *Centro Colombiano del Derecho de Autor* (2003).

Filip Borkowski. Grounds for prosecuting sham practices under the EU system. *European Commission Competition* (2010).

Francisco de Ahumada, Materiales para el estudio del Derecho Administrativo Económico. Madrid: DYKINSON SL, 2001.

García de Enterría. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas Ediciones.

Gonzalo Ruiz. "Definición de Mercado Relevante y Políticas de Competencia". *Themis Revista de Derecho* (2000).

Gregory Mankiw. Principios Económicos. Madrid: Paraninfo, 2008.

Grounds for prosecuting sham practices under the EU system. European Commission Competition (Rio de Janeiro), 2010.

Gustavo Vargas. *Introducción a la Teoría Económica un enfoque Latinoamericano*. México D.F.: Pearson Education, 2006.

Hector Fix-Zamudio y Jose Ovelle. *Derecho Procesal*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1991.

Herbert Hovenkamp. *Antitrust Enterprise: Principle and Execution*. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

Informe sobre las necesidades y prioridades en el área de Políticas de la

- Competencia. United Nations Conference of Trade and Development 2004 p. 79.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas. "La ilicitud." *Boletín mexicano de derecho comparado* (1995).
- Jaime Neilson. *Competencia imperfecta y poder de Mercado*. Argentina: El Cid Editor 2009.
- Jorge Cabrera Bioderecho. *Propiedad Intelectual Comercio y Ambiente*. Costa Rica: Editorial Universidad Estatal a Distancia.
- José Giron. *La Unión Europea, la Comunidad Europea y el Derecho comunitario*. Sevilla: Universidad de Sevilla Secretariado de Publicaciones.
- Manuel Gómez. "Derecho administrativo sancionador (parte general). Teoría general y practica del derecho penal administrativo". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (2010).
- Marcelo Celani y Leonardo E. Stanley. *Introducción a la política de competencia en la nueva economía*. Argentina: CEPAL-Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina y el Caribe, 2005.
- Marcelo Quaglia. "La posición dominante en el Mercado y la Defensa de la Competencia." *Boletín Latinoamericano de la Competencia* (2006).
- Mariateresa Maggiolino. *Intellectual Property and Antitrust: A Comparative Economic Analysis of US and EU Law*. Reino Unido: Edward Elgar Publishing Limited, 2011.
- Mauricio Arosemena "El Abuso de Posición Dominante desde el Derecho Europeo de la Competencia: Una aproximación para las compañías ecuatorianas" *Artículos destacados Romero Menendez* (2005).
- Mercado de dinero. Confirmada la sanción a Telefónica por abuso de posición dominante. <http://www.mercado-dinero.es/El-Confidencial/confirmada-la-sancion-a-telefonica-por-abuso-de-posicion-dominante.html> (acceso: 05/06/2011)
- Michael A. Carrier. "Unraveling the Patent-Antitrust Paradox." *University of Pennsylvania Law Review* (2002).
- Miguel Vidal-Quadras Trias de Bes y Núria. *Patentes e industria farmacéutica*. España: J.M. BOSCH EDITOR, 2006.
- Miguel Vidal-Quadras Trías de Bes. *Estudio sobre los requisitos de patentabilidad, el alcance y la violación del derecho de patente*. España: J.M. BOSCH EDITOR, 2004.

- OECD. Glossary of Statistical Terms. <http://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3269> (acceso:29/01/2012)
- Ola Rickardsson. *Patent misuse and 'sham' –Development of new principles under EU competition law*. Tesis maestría. Lund University. Suecia, 2010.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *Patentes preguntas frecuentes*. http://www.wipo.int/patentscope/es/patents_faq.html (acceso: 26/07/2012).
- Paolo Buccirossi. *Handbook of Antitrust Economics*. Cambridge: MIT Press, 2008.
- Pedro Carrillo. *El derecho intelectual en México*. México: Plaza y Valdez Editores, 2006.
- Philip E. Areeda and Herbert Hovenkamp. *Antitrust Law : An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*. Vol. 1. Nueva York: Aspen Publishers, 2006.
- Pinkas Flint Blanck. *Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del D.L. 701*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.
- Predatory Pricing Report. Organization for Economic Co-Operation and Development. 1989,.
- Raúl Núñez. “El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo”. *Ius et Praxis* 14/1 (2008).
- Real Academia Española. Diccionario. <http://lema.rae.es/drae/?val=INVENCION> (acceso: 26/07/2012).
- Rocío Araújo. “Acceso a la justicia efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado”. *Revista Estudios Socio- Jurídicos* (2011).
- Rogelio López. “La Ley Federal de Competencia Económica y algunas consideraciones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado”. *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* (1995).
- S.W.O.' Donnell. “Unified Theory of Antitrust Counterclaims in Patent Litigation”. *Virginia Journal of Law & Technology* (2004).
- Santiago Alvarez. *El Derecho de Petición. Estudio de los sistemas español, italiano, alemán, comunitario y estadounidense*. Granada: Comares, 2000.
- Study on The Anti-Competitive Enforcement of Intellectual Property (IP) Rights: Sham Litigation. Committee on Development and Intellectual

Property-WIPO (Génova) 2012.

Valéria Guimarães de Lima e. Silva. “Sham Litigation in the Pharmaceutical Sector. Global Economic Governance Programme”, *Oxford: Global Economic Governance Programme* (2011).

Yudesky González y Johana Odriozola Guitart. *La regulación jurídica de la patente, a partir del acuerdo sobre los ADPIC: consecuencias para Cuba*. España: Editorial Universitaria, 2008.

Jurisprudencia

Comisión de la Defensa de la Libre Competencia. *Expediente 009-2008/CLC*. Resolución 026-201/CLC-INDECOPI. Resolución del 3 de mayo de 2010.

Corte Constitucional. *Sentencia N.º 024-09-SEP-CC*, 29 de septiembre del 2009. Registro Oficial Suplemento No. 47 de 15 de octubre de 2009.

Corte de Apelación del Segundo Circuito de los Estados Unidos. *Expediente. No. 06-5525-cv*. Decisión del 16 de octubre del 2009.

Corte Suprema de Estados Unidos de América. *Caso California Motor Transport Co. V. Trucking Unlimited*, 404 U.S. 508, 13 de enero de 1972.

Corte Suprema de Estados Unidos de América. *Caso Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, 365 U.S. 127, 20 de febrero de 1961.

Corte Suprema de Estados Unidos de América. *Caso United Mine Workers v. Pennington*, 381 U.S. 657, 7 de junio de 1965.

Corte Suprema de Estados Unidos de América. *CSU LLC v Xerox Corporation*, No. 99-1323, 17 de febrero del 2000.

Ministerio de Industrias y Productividad. *Resolución del No. MIPRO-001-2011* de 6 de abril del 2011.

Ministerio de Industrias y Productividad. *Resolución del No. MIPRO-003-2011* de 14 de octubre del 2011.

Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. *Resolución No. SPPLC/0059-06*. Resolución del 28 de septiembre del 2006.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile. *Caso del Compañía Minera Cordillera S.A. vs Sociedad punta lobos S.A.* Sentencia No.

47/2006 5 de diciembre de 2006.

Tribunal de Justicia. *Asunto Hugin/Comisión 22/78*. Sentencia de 31 de mayo de 1979.

Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia. *Caso Fiscalía Nacional Económica vs Compañía Chilena de Fósforos*. Requerimiento del 20 de junio del 2008.

Tribunal de Primera Instancia. *Caso ITT Promedia NV contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Causa T-111/96. Sentencia de 17 de julio de 1998.

Tribunal General, *Caso AstraZeneca vs Comisión Europea*. Causa T-321/05. Sentencia de 1 de julio del 2010.

Plexo Normativo

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (1984).

Decisión del Acuerdo de Cartagena 285. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Año VIII Número 80 del 04 de abril de 1991.

Decisión del Acuerdo de Cartagena 486. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Año XVII Número 600 del 19 de septiembre del 2000.

Decisión del Acuerdo de Cartagena 608. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Año XXII Número 1180 del 4 de abril de 2005.

Decisión del Acuerdo de Cartagena 616. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Año XXII Número 1221 del 25 de julio de 2005.

Decreto Ejecutivo No. 1614. Registro Oficial No. 558 de 27 de marzo del 2009.

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

Sherman Act 1890

Reglamento Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial No. 697 de 07 de mayo del 2012.

Tablas

Tabla No. 1