



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación Pública, bajo acuerdo número
2006205 del 13 de junio de 2006

El abuso de recursos administrativos o judiciales como herramienta anticompetitiva

Tesis que para obtener el grado de

Maestro en Ciencias Jurídicas

Presenta el

Lic. Karlo Giovanni Arciniega Rosas

Director de Tesis

Dr. Gustavo Jesús Garduño Domínguez

Para R, L y B.

Índice

<u>Introducción</u>	6
<u>Capítulo I. Aproximación al <i>sham litigation</i> desde la experiencia internacional</u>	9
<u>1. Estados Unidos de América</u>	10
<u>2. Unión Europea</u>	17
<u>3. República de Chile</u>	23
<u>4 Perú</u>	28
<u>5. República del Ecuador</u>	30
<u>6. Conclusiones sobre el estándar internacional para configurar el <i>sham litigation</i></u>	33
<u>Capítulo II. Las prácticas monopólicas relativas en el sistema jurídico mexicano</u>	35
<u>1. Política de competencia en México</u>	35
<u>2. Prácticas Monopólicas Relativas</u>	39
<u>3. Mercado Relevante</u>	40
<u>4. Poder de mercado y poder sustancial en el mercado relevante</u>	42
<u>Capítulo III. El <i>sham litigation</i> como una práctica monopólica relativa</u>	45
<u>1. Teoría económica del <i>sham litigation</i></u>	45
<u>2. Configuración del <i>sham litigation</i> como una práctica monopólica relativa</u>	51
<u>Capítulo IV. El falso dilema del <i>sham litigation</i></u>	56
<u>1. ¿Bienes jurídicos en conflicto?</u>	56
<u>2. Aproximación al <i>sham litigation</i> desde algunas figuras del sistema jurídico</u>	59
<u>3. Test para analizar la configuración del <i>sham litigation</i></u>	62
<u>Conclusiones</u>	68
<u>Bibliografía</u>	69

Introducción

El abuso de recursos judiciales o administrativos, litigio vejatorio, *vexatious litigation*, o *sham litigation* es una figura jurídica poco explorada en nuestro sistema jurídico. En principio, la figura no se encuentra tipificada, pese a que sí existen normas que regulan la presentación de acciones maliciosas o notoriamente improcedentes y la mala fe desde un punto de vista procesal. Además, no se identificaron precedentes judiciales ni administrativos que analicen el *sham litigation* como una herramienta anticompetitiva.

Si bien, la Comisión Federal de Competencia Económica (en lo sucesivo, COFECE) ha conocido dos asuntos que guardan relación con el *sham litigation* como una herramienta anticompetitiva, dicha autoridad no realizó pronunciamiento respecto a la definición y el estándar para configurarlo ni problematizó al respecto a la luz de la doctrina.¹ Por su parte, el Instituto Federal de Telecomunicaciones, al ejercer sus facultades de autoridad de competencia económica, ha conocido un caso relacionado con referida conducta, no obstante decretó el cierre del expediente al considerar que no se configuraba una práctica monopólica relativa.² Finalmente, de la revisión de precedentes judiciales y administrativos en diversas jurisdicciones, se vislumbra un aparente conflicto entre dos bienes jurídicamente tutelables; por un lado el derecho de petición y por otro lado, la competencia y libre concurrencia, sin que, al menos entre las autoridades administrativas o judiciales, se advierta un debate similar en nuestro sistema jurídico.

Ahora bien, el objeto de estudio del presente trabajo de investigación radica en identificar los elementos esenciales para determinar que la interposición de una o varias acciones administrativas o judiciales puede considerarse un abuso de recursos judiciales o administrativos, litigio vejatorio -o *sham litigation*- tener un objeto o efecto anticompetitivo y, por lo tanto, actualizar una práctica monopólica relativa conforme a nuestro sistema jurídico.

El tema de investigación planteado es novedoso en nuestro sistema jurídico. Por un lado, la materia de competencia económica surgió en nuestro sistema jurídico en el año de 1992. Por otro lado, los resultados del proyecto de investigación pretenden generar nuevo conocimiento, así como proponer la definición y alcances de la figura del litigio vejatorio como herramienta anticompetitiva. Aunado a ello,

¹ Para mayores referencias, consultar las resoluciones emitidas por la COFECE en los expedientes DE.017-2006 y DE-019-2010. Disponibles en los siguientes hipervínculo, respectivamente:
<https://www.cofece.mx/CFCResoluciones/docs/Asuntos%20Juridicos/V105/26/1819688.pdf> y
<https://www.cofece.mx/CFCResoluciones/docs/INVESTIGACIONES/V355/75/1764818.pdf>.

² Para mayores referencias, consultar el Acuerdo P/IFT/220921/463.

el proyecto de investigación hace explícito un debate respecto a un aparente conflicto entre diversos bienes jurídicamente tutelados: el derecho de petición y la competencia y libre concurrencia.

Si bien, las autoridades de competencia en México, gozan de autonomía técnica para definir y determinar los alcances del litigio vejatorio como herramienta anticompetitiva, la utilidad del presente trabajo de investigación radica en proponer un marco teórico y de carácter general a partir de la aproximación de los precedentes generados en diversos sistemas jurídicos, así como contextualizarlo para nuestro sistema jurídico, a efecto de generar un parámetro razonable para delimitar la configuración de dicha figura.

Ahora bien, la metodología de investigación fue primordialmente cualitativa, así como la exposición deductiva, en relación con los temas expuestos. Particularmente, por lo que hace al *sham litigation*, la teoría y régimen de competencia económica y el aparente conflicto entre dos bienes jurídicamente tutelables. Al respecto, el presente ofrece varias conclusiones, una de ellas es que en nuestro sistema jurídico el *sham litigation* es susceptible de considerarse una práctica monopólica relativa sin que ello implique privilegiar la competencia y libre concurrencia sobre el derecho de petición.

El presente trabajo de investigación se compone por cuatro capítulos. En el primero, se exponen y analizan algunos casos que han permitido desarrollar una definición del *sham litigation*, así como los elementos para identificarlo. Para tales efectos, se recurre a exponer precedentes generados por las autoridades de competencia y jurisdiccionales en los Estados Unidos de América, la Unión Europea, Chile, Perú y Ecuador. En el segundo, se expone brevemente el régimen de competencia económica en México, así como algunos conceptos fundamentales para entender la comisión de las prácticas monopólicas relativas conforme a nuestro sistema jurídico. En el tercero, se brinda una justificación económica sobre el *sham litigation* al encuadrarla como una estrategia predatoria basada en costos que, por lo tanto, puede actualizar una práctica monopólica relativa. En el cuarto, se desarrolla el aparente conflicto normativo que puede presentarse al analizar si una acción o conjunto de acciones, en principio, ejercidas dentro del alcance del derecho de petición, pueden tener un objeto o efecto anticompetitivo. Para tales efectos, se exponen brevemente las corrientes del (no) conflictivismo jurídico, se exponen algunas figuras jurídicas que distinguen las acciones que no pueden considerarse ejercidas dentro del alcance del derecho de petición y, considerando las definiciones y elementos que otros sistemas jurídicos han desarrollado, se propone un test para analizar la configuración del *sham litigation* en nuestro sistema jurídico.

Por último, se precisa que los criterios editoriales usados en el presente trabajo de investigación fueron adoptados conforme a los Lineamientos y Criterios del Proceso Editorial, emitidos por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México.

Capítulo I. Aproximación al *sham litigation* desde la experiencia internacional

El (ab)uso de procedimientos administrativos o de procesos judiciales en contra de un competidor o potencial competidor puede constituir una práctica predatoria no basada en precios.³ De acuerdo con la teoría de competencia económica, esto es una práctica orientada a aumentar los costos de los competidores por encima del precio de mercado con el objetivo de disuadirlos de entrar o forzarlos a salir del mercado.⁴

Al respecto, la *Federal Trade Commission (FTC)* -autoridad competente en EE.UU. para conocer de asuntos antitrust- ha identificado al menos tres conductas que, en principio, pueden parecer legítimas pero no lo son, ya que pueden utilizarse con fines anticompetitivos.⁵ El primer tipo de conducta consiste en establecer demandas que buscan únicamente una respuesta ministerial.⁶ El segundo tipo de conducta es conocida como “tergiversaciones”,⁷ y pueden inducir a los encargados de tomar decisiones al error en un intento de los accionantes para asegurar que la actuación gubernamental perjudique a sus competidores. El tercer tipo de conducta consiste en la interposición de demandas o recursos en serie -incluso cuyas pretensiones resultan contradictorias- con el único propósito de dañar a sus competidores y suprimir la competencia.⁸

En ese sentido, la conducta conocida como *sham litigation*, *vexatious litigation*, o el abuso de recursos judiciales o administrativos se considera una conducta anticompetitiva en EE.UU. y diversas jurisdicciones. Por lo tanto, en el presente capítulo se exponen los casos que, por su importancia y trascendencia, han definido el *sham litigation*, o bien, propuesto un estándar para calificar la

³ Ioannis Lianos y Pierre Regibeau *Vexatious/Sham Litigation in EU and US Antitrust Law: A Mechanism Design Approach*, Centre for Law, Economics and Society, Research Paper Series: 1/2017, 2017 y Robert O'Donoghue y Atilano Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU.*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013, pp 519 a 551.

⁴ Las prácticas con fines de exclusión, entendidas como aquellas que tienen como objetivo disuadir a los rivales de entrar al mercado o forzarlos a salir del mismo, se pueden implementar haciendo uso de dos tipos de estrategias: la depredación de precios y la depredación no basada en precios. Mientras las estrategias predatorias basadas en precios implican forzar el precio de mercado por debajo de los costos de los rivales; aquellas no basadas en precios están orientadas a aumentar los costos de los rivales por encima del precio de mercado. En ambos casos, el efecto sobre los rivales es el mismo, sus operaciones pueden no ser rentables si sus costos exceden el precio de mercado. Las tácticas predatorias basadas en el elevar los costos del rival se desarrollarán en el tercer capítulo del presente.

⁵ *Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine*, Federal Trade Commission, 2006, pp. 1 y 2.

⁶ *Ibidem*, p. 18.

⁷ *Ibidem*, p. 22.

⁸ *Ibidem*, p. 28.

interposición de recursos legales como un *sham*, permitiendo así su investigación bajo la óptica de competencia económica.

1. Estados Unidos de América

A continuación, se expone la legislación y precedentes judiciales de Estados Unidos de América (en adelante, EE.UU.) en relación con el *sham litigation*. La regulación en materia de competencia económica está compuesta por la *Sherman Act*, la *Clayton Act* y la *Federal Trade Commission Act*. Si bien, ninguna de las legislaciones anteriores prevé expresamente la figura de *sham litigation*, el Poder Judicial ha reconocido su existencia e, incluso, ha señalado que es sancionable a la luz de la política de competencia económica siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones.

Debido a la tradición jurídica de EE.UU., la determinación de la existencia del *sham litigation* y los elementos que lo configuran se han establecido de manera casuística. Particularmente, los tribunales determinaron que dicha conducta atenta contra las secciones 1 y 2 de la *Sherman Act*, que a la letra establecen:⁹

Sec. 1. Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal. Every person who shall make any such contract or engage in any such combination or conspiracy, shall be deemed guilty of a misdemeanor, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding five thousand dollars, or by imprisonment not exceeding one year, or by both said punishments, at the discretion of the court.

*Sec. 2. Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a misdemeanor, and, on conviction thereof; shall be punished by fine not exceeding five thousand dollars, or by imprisonment not exceeding one year, or by both said punishments, in the discretion of the court.*¹⁰

⁹ *Sherman Anti-Trust Act*. Disponible en: <https://www.archives.gov/milestone-documents/sherman-anti-trust-act#:~:text=The%20Sherman%20Anti%2DTrust%20Act%20authorized%20the%20federal%20government%20to,foreign%20nations%22%20was%20declared%20illegal>.

¹⁰ “Sección. 1. Se declara ilegal todo contrato, combinación en forma de fideicomiso o de otro tipo, o conspiración, en restricción del comercio o comercio entre varios Estados, o con naciones extranjeras. Toda persona que celebre tal contrato o se involucre en tal combinación o conspiración, será considerada culpable de un delito menor y, al ser condenada, será sancionada con una multa que no exceda los cinco mil dólares, o con una pena de prisión que no exceda de un año, o por ambas penas, a juicio del tribunal.

Sección. 2. Toda persona que monopolizare, o intentare monopolizar, o se combinara o conspirare con cualquier otra persona o personas, para monopolizar cualquier parte del tráfico o comercio entre varios Estados, o con naciones extranjeras, será

Ahora bien, EE.UU. determinó inicialmente una regla de inmunidad a la aplicación de la *Sherman Act* con motivo del ejercicio del derecho de petición previsto en la primera enmienda.¹¹ Esta inmunidad se consolidó en la llamada doctrina *Noerr-Pennington* compuesta de los precedentes *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*¹² (en lo sucesivo, caso *Noerr*) y *United Mine Workers v. Pennington*¹³, (en lo sucesivo, caso *Pennington*).

Respecto al caso *Noerr*, la controversia se originó por los siguientes hechos. La asociación de operadores de camiones de Pennsylvania inició una acción ante una corte de distrito de EE.UU. alegando que diversas empresas ferrocarrileras habían conspirado para restringir el comercio interestatal y pretender monopolizar el mercado de transporte terrestre, en contravención a las secciones 1 y 2 de la *Sherman Act*. El mecanismo de comisión de la conducta consistió en que dichas empresas publicitaron campañas mediáticas a efecto de influenciar a las autoridades competentes en contra de los camioneros y con la finalidad de que establecieran regulación más extensa y severa en contra de los camioneros. A los ojos de los accionantes, la campaña era claramente fraudulenta puesto que, en primer lugar, su única motivación consistía en desplazar a los camioneros al ser competidores actuales o potenciales de las empresas ferrocarrileras. En segundo lugar, la campana se hizo a través de terceros con la pretensión de que ésta pareciera independiente a los intereses de las demandadas, pese a que la campaña fue financiada y producida prácticamente en su totalidad por éstas.¹⁴

Al respecto, la Corte Suprema de EE.UU. determinó que la *Sherman Act* no prohíbe que los particulares se coludan con la pretensión de persuadir a la autoridad legislativa ni ejecutiva a efecto de realizar diversas acciones que podrían restringir el comercio o pretender monopolizar¹⁵ y aclaró dicha ley no castiga el derecho de las personas a informar al gobierno acerca de sus peticiones (incluso si se pretende

considerada culpable de un delito menor, y, en caso de condena; será castigado con multa que no exceda de cinco mil dólares, o con prisión que no exceda de un año, o con ambas penas, a discreción del tribunal.

¹¹ Veiga Torregrosa. Ainhoa, *El ejercicio anticompetitivo del derecho a litigar*, Gaceta jurídica de la Unión Europea y la Competencia, Núm. 10, julio/agosto 2009, p.13.

¹² *Black, Hugo Lafayette, and Supreme Court Of The United States. U.S. Reports: Eastern R. Conf. v. Noerr Motors, 365 U.S. 127. 1960. Periodical. Disponible en: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep365/usrep365127/usrep365127.pdf>.*

¹³ *White, Byron Raymond, and Supreme Court Of The United States. U.S. Reports: Mine Workers v. Pennington, 381 U.S. 657. 1964. Periodical. Disponible en: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep381/usrep381657/usrep381657.pdf>.*

¹⁴ Caso *Noerr*, pp. 129 a 130.

¹⁵ *Ibidem*, p. 127.

obtener un beneficio propio y una afectación a los competidores) toda vez que esto constituye una expresión del ejercicio democrático.¹⁶

Sin perjuicio de lo anterior, los recursos judiciales o administrativos son susceptibles de analizarse como anticompetitivos bajo la *Sherman Act* siempre y cuando se advierte que el ejercicio de tales recursos encubre la única intención de perjudicar las actividades comerciales del competidor.¹⁷ En el caso *Noerr* existió una lesión a los derechos de los competidores incidental al ejercicio legítimo de un derecho de petición con la finalidad de buscar la acción gubernamental en beneficio de un derecho fundado, por lo que las acciones ejercidas debían entenderse como inmunes para considerarse anticompetitivas.¹⁸

La aplicación de la *Sherman Act* fue analizada junto con el derecho constitucional de petición, reconocido en el *Bill of Rights* y se reconoció que la aplicación de dicha ley implica una restricción al derecho de petición, mismo que no puede limitarse si la intención de los ferrocarrileros estaba orientada a obtener una acción gubernamental legítima. Lo anterior exhibe un aparente conflicto entre tales bienes jurídicos tutelables.

De ese modo, se destacan dos conclusiones sobre el caso *Noerr*: 1) si se obtienen ventajas competitivas mediante el ejercicio legítimo del derecho de petición previsto en la Primera Enmienda, se impide la aplicación de la *Sherman Act*, y 2) la aplicación de dicha ley en contra de un proceso legal conlleva una limitación al derecho de petición, de modo que la regla de inmunidad no es absoluta.¹⁹

Por lo que hace al caso *Pennington*, a continuación, se exponen los hechos que dieron origen a la controversia. Al respecto, diversos socios de compañías mineras presentaron una demanda por daños en contra del fideicomiso de trabajadores mineros de EE.UU. y otras compañías mineras toda vez que conspiraron para restringir y monopolizar el comercio en contravención de las secciones 1 y 2 de la *Sherman Act*. De acuerdo con los hechos denunciados, el fideicomiso y diversas compañías mineras cometieron la conducta mediante múltiples acciones; establecieron términos contractuales que excluían u ofrecían términos discriminatorios a las mineras más pequeñas y que no formaban parte de la confederación minera; mejoraron las condiciones laborales de los mineros a efecto de que las empresas mineras más pequeñas no pudieran asumir esos costos para sus propios empleados; fomentaron una

¹⁶ *Ibidem*, pp. 137 a 139.

¹⁷ *Ibidem*, p. 144.

¹⁸ *Ibidem*, p. 143.

¹⁹ Caso *Noerr*, p. 138.

campana que redujo el precio de mercado del carbón a precios que los competidores más pequeños no podían replicar. Al respecto, los miembros del jurado consideraron que el Fideicomiso y tales compañías eran responsables, sin embargo, el juez no consideró el veredicto del jurado puesto que se entendían ejercidas en el contexto del ejercicio legítimo del derecho de petición, aunque estableció que podrían ejercerse la acción correspondiente mediante la interposición de diverso juicio. Ahora bien, el tribunal de apelaciones confirmó la sentencia de primera instancia y determinó que el sindicato no estaba exento de responsabilidad en términos de la *Sherman Act*. No obstante, confirmó el criterio en el sentido de que la pretensión de influir en la determinación de la autoridad no es anticompetitiva, incluso si se advierte una intención anticompetitiva, pues dichas acciones se entienden ejercidas dentro del alcance del derecho de petición.²⁰ Por su parte, la Suprema Corte de EE.UU. determinó que el acuerdo entre agentes económicos que pretenda influir en las decisiones gubernamentales no constituye una práctica anticompetitiva, independientemente de su intención.

De la lectura de los precedentes expuestos, pareciera que la regla de inmunidad es prácticamente absoluta y privilegia el derecho de petición sobre la competencia y libre concurrencia. No obstante, mediante el caso *California Motor Transport Co. v Trucking Unlimited*,²¹ (en lo sucesivo, caso *California Motor*) la Suprema Corte de EE.UU. esclareció que la regla de inmunidad del derecho de petición bajo la óptica anticompetitiva no es absoluta. Conforme a los hechos del caso, diversos agentes económicos conspiraron para presentar diversos procedimientos legales con la aparente finalidad de desplazar a sus competidores e intentar monopolizar el mercado. Concretamente, estos agentes económicos conspiraron con la finalidad de monopolizar el mercado de transporte terrestre de bienes al establecer barreras normativas federales y estatales que dificultaban a sus competidores la posibilidad de adquirir, transferir u aprovechar sus títulos de concesión, necesarios para el transporte terrestre. A juicio de las sociedades perjudicadas, el propósito de estas acciones era una conspiración para desplazar a sus competidores o debilitarlos a un punto tal que les permitiera a los agentes económicos que conspiraron el monopolizar el mercado en California y otros lugares, así como desalentar a las empresas más pequeñas de acceder a tribunales y a las agencias reguladoras competentes.

Al respecto, la Corte de Distrito no encontró mérito en el caso, pero la Corte de Apelaciones le dio la razón a los accionantes y el asunto subió a la Corte Suprema de EE.UU., quien concluyó que el ejercicio

²⁰ *Ibidem*, pp.669 y 670.

²¹ Douglas, William Orville, and Supreme Court Of The United States. *U.S. Reports: California Transport v. Trucking Unlimited*, 404 U.S. 508. 1971. Periodical. Disponible en: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep404/usrep404508/usrep404508.pdf>.

de los derechos contenidos en la primera enmienda no está exento a un análisis de competencia si los derechos son ejercidos como parte integral de un plan para cometer conductas anticompetitivas.²²

Conforme a lo expuesto, se confirma que la regla de inmunidad *Noerr-Pennington* no es absoluta; su inaplicación debe resultar de un análisis excepcional para evitar que el derecho de petición sea afectado.²³ Por lo tanto, la referida corte constitucional determinó que la regla de inmunidad no limita la aplicación de la *Sherman Act* bajo ciertas condiciones que se mencionan a continuación.

En primer lugar, las acciones judiciales o administrativas deben ser una farsa para interferir en las relaciones comerciales de sus competidores: “(...) *there may be instances where the alleged conspiracy "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 justified."*²⁴

En segundo lugar, la interposición de múltiples recursos infundados y repetitivos constituye un indicio para considerar que tales acciones fueron ejercidas abusivamente: “*One claim, which a court or agency may think baseless, may go unnoticed; but a pattern of baseless, repetitive claims may emerge which leads the factfinder to conclude that the administrative and judicial processes have been abused. (...)*”²⁵

En tercer lugar, debe advertirse que la presentación de recursos se realiza incluso en la ausencia de una causa probable de obtener una resolución favorable. En ese supuesto, se advierte un indicio para considerar que las acciones fueron ejercidas únicamente con la finalidad de afectar a sus competidores con independencia de los méritos del caso, puesto que el interés del accionante radica en los potenciales beneficios anticompetitivos.²⁶

²² “*While any carrier has the right of access to administrative agencies and courts to defeat applications of competitors for certificates as highway carriers, and its purpose to eliminate an applicant as a competitor may be implicit in such opposition, its First Amendment rights are not immunized from regulation when they are used as an integral part of conduct violative of the antitrust laws. If the allegations that petitioners combined to harass and deter respondents from having "free and unlimited access" to agencies and courts, and to defeat that right by massive, concerted, and purposeful group activities are established as facts, a violation of the antitrust laws will have been demonstrated, and it is immaterial that the means used in violation may be lawful.*” *Idem*.

²³ *Ibidem*, pp. 510 a 517.

²⁴ *Ibidem*, p. 518.

²⁵ *Ibidem*, p. 513.

²⁶ *Ibidem*, p. 512.

Ahora bien, en el caso *California Motor*, se precisó que los abusos de procesos legales pueden ocurrir tanto en sede administrativa como en judicial y, se concluyó que, al analizarse un conjunto de acciones sin fundamento, se debe analizar la intencionalidad del promovente.²⁷

En consecuencia, de acuerdo con la doctrina *Noerr-Pennington* las acciones judiciales o administrativas no pueden considerarse un engaño (*sham*) si cuentan con una base objetiva que le permita al accionante obtener, o al menos prever de manera razonable, un pronunciamiento favorable de la autoridad competente. En otras palabras, la regla de inmunidad aplica si existe una práctica legítima y fundada de una acción o acciones legales, incluso si éstas pudieran llegar a tener un objeto o efecto anticompetitivo. No obstante, si la acción o conjunto de acciones son a todas luces infundadas, debe analizarse la intencionalidad del accionante a efecto de identificar si tales acciones se promovieron con la finalidad de interferir directamente con las relaciones comerciales de un competidor.

A más de lo anterior, en *Professional Real Estate Investors, Inc. vs. Columbia Pictures Industries*²⁸ (en lo sucesivo, caso *Professional Real Estate Investors*) se elaboró más en el supuesto de interposición de múltiples acciones judiciales y se estableció un test para configurar la conducta.

La empresa *Professional Real Estate Investors* (en lo sucesivo, *PRE*), arrendó reproductores de video con contenidos audiovisuales precargados y pretendió venderlos a otras empresas hoteleras. Por su parte, *Columbia Pictures Industries* (en lo sucesivo, *CPI*) demandó a *PRE* por la presunta infracción a sus derechos de autor, pues alegó ser titular de tales derechos respecto a los referidos contenidos audiovisuales precargados. No obstante, *PRE* sostuvo que la demanda de *CPI* era una farsa que pretendía monopolizar y conspirar para restringir el comercio.²⁹

En primera instancia, el Tribunal de Distrito de California resolvió a favor de *CPI* y declaró la inexistencia de una conducta antimonopólica. Pese a que *PRE* apeló la resolución, la Corte de Apelación que conoció el asunto confirmó la resolución de primera instancia y añadió que el ejercicio de la demanda de derechos de autor ejercida no constituía un *sham litigation*, al no ser objetivamente infundada por lo que le recaía la inmunidad establecida en el caso *Noerr*. Posteriormente, *PRE* acudió a

²⁷ *Ibidem*, p. 513.

²⁸ *Thomas, Clarence, and Supreme Court Of The United States. U.S. Reports: Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc., 508 U.S. 49. 1992.* Disponible en: <https://www.loc.gov/item/usrep508049/>.

²⁹ Caso *Professional Real Estate Investors*, p 49.

un juicio sumario y el asunto fue admitido por la Suprema Corte de EE.UU., pero ésta confirmó la resolución de primera instancia.³⁰

Particularmente, la referida corte constitucional consideró que la acción estaba protegida por la regla de inmunidad a menos que sea una farsa objetivamente infundada. En el caso, la Suprema Corte de EE.UU. resolvió que para calificar el litigio como una farsa con fines anticompetitivos deben actualizarse dos elementos de carácter secuencial.³¹ Primero, el elemento objetivo, en el sentido de que el juzgador deberá analizar si las acciones legales ejercidas se encuentran objetivamente fundadas; en caso de determinar que éstas tienen una base razonable, se aplica la inmunidad *Noerr-Pennington* y se descarta que la acción pueda considerarse anticompetitiva en contravención a la *Sherman Act*. En segundo lugar y sólo cumplido el supuesto anterior, el elemento subjetivo, que consiste en determinar si la acción legal oculta la intención de usar dicho recurso con la finalidad de interferir directamente en las relaciones comerciales del competidor.³²

Así las cosas, aunque exista un daño competitivo en contra de una persona por el ejercicio de acciones legales, debe considerarse que no existe *sham litigation* si la acción legal ejercida se encuentra objetivamente fundada.³³ En ese sentido, el litigio simulado debe constituir la pretensión de reclamos tan infundados que ningún litigante razonable podría esperar obtener éxito en sus méritos.

Con independencia de que *CPI* perdió la demanda iniciada contra *PRE*, la Suprema Corte de EE.UU. aclaró que esto no prejuzgó sobre el carácter anticompetitivo de la conducta en abstracto, ya que en el caso particular cualquier litigante en el lugar de *CPI* hubiera tenido la expectativa razonable de ganar el litigio.³⁴

Si bien, la utilidad del caso *Professional Real Estate Investors* radica principalmente en el análisis secuencial para la determinación del *sham litigation*, se destaca que la referida corte constitucional precisó por un lado, que dicha determinación únicamente levanta la regla de inmunidad establecida en *Noerr-Pennington*, sin que de lo anterior se siga que automáticamente se actualiza una conducta anticompetitiva, puesto que primero es necesario levantar la regla de inmunidad establecida en el caso *Noerr* mediante la configuración de los elementos objetivo y subjetivo y sólo entonces, deben cumplirse

³⁰ *Idem*.

³¹ *Ibidem*, pp. 60 y 61.

³² *Idem*.

³³ *Ibidem*, p 63.

³⁴ *Idem*.

los extremos que tradicionalmente se deben acreditar respecto a las conductas anticompetitivas.³⁵ Por otro lado, la corte de referencia apeló al sentido común y advirtió que no toda acción perdida implica la existencia de un *sham*.³⁶

De lo expuesto, podemos concluir las características esenciales que el sistema jurídico de EE.UU. considera para la configuración del *sham litigation*:

- 1) En principio, el ejercicio del derecho de petición, incluyendo el de tutela judicial, se encuentra amparado por la regla de inmunidad *Noerr-Pennington*.
- 2) La regla de inmunidad no es absoluta. Si se configura un *sham litigation*, la inmunidad no aplica.
- 3) El análisis del *sham litigation* se compone de dos elementos secuenciales, el objetivo y subjetivo. El objetivo consiste en comprobarse que la acción es infundada, temeraria o absurda de modo que ningún litigante razonable esperaría obtener de forma realista una resolución favorable a sus pretensiones. El subjetivo se refiere a la intención de generar un daño competitivo realizado a través del o los procesos legales iniciados y sólo puede analizarse si previamente se acreditó que la acción es infundada.
- 4) La conducta puede constituirse por el ejercicio de una o múltiples acciones administrativas o judiciales.
- 5) La conducta puede ser ejercida en contra de uno o varios competidores actuales o potenciales.

2. Unión Europea

Para la comunidad de la Unión Europea, la materia de competencia económica se regula por el Título VII “*Normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones*” del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea³⁷ (en lo sucesivo, TFUE). El artículo 102 del TFUE establece de manera enunciativa las conductas abusivas en materia de competencia económica derivadas del abuso de posición dominante; sin embargo, no estableció el *vexatious litigation* en el catálogo de conductas sancionables. Así las cosas, y de manera similar a EE.UU., la investigación y sanción de dicha conducta no ha limitado a la Unión Europea puesto que se ha desarrollado de manera casuística por la vía judicial.

³⁵ *Ibidem*, p 61.

³⁶ *Ibidem*, p 65.

³⁷ *Tratado de la Unión Europea*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1992. Disponible en el siguiente enlace: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016E/TXT&from=EN>.

Al respecto, a continuación, se expone la controversia suscitada entre *ITT Promedia vs Commission*.³⁸ En el año de 1930, el Estado Belga concedió a *Régie des télégraphes et téléphones* (en lo sucesivo, *RTT*, posteriormente *Belgacom*) los derechos exclusivos para la gestión de las telecomunicaciones en Bélgica. Tales derechos incluían la publicación y distribución de guías telefónicas, con la facultad de delegar esas funciones a un tercero.³⁹ En el año de 1969 *RTT* concedió a *ITT Promedia NV* (en lo sucesivo, *ITT*) el derecho exclusivo a publicar guías telefónicas hasta el inicio del año 1995.⁴⁰ En 1993 *Belgacom* e *ITT* comenzaron negociaciones a fin de extender la vigencia en comento pero al no llegar a ningún acuerdo, *Belgacom* buscó un nuevo socio para la publicación de guías telefónicas en cuanto venciera el acuerdo vigente el 1 de enero de 1995.⁴¹ Sin embargo, en 1994 el derecho otorgado por el Estado Belga a *RTT* (ahora *Belgacom*) de publicar y editar guías telefónicas fue derogado.⁴²

Así las cosas, *ITT* anunció la preparación de la guía telefónica “*Gouden Gids/Pages d'or*” correspondiente al año 1995 y ese mismo día *Belgacom* emitió un comunicado informando a sus clientes que *ITT* no tenía derecho alguno para publicar dicha edición.⁴³ Consecuentemente, *ITT* acudió al *Tribunal de Commerce de Bruxelles* (en lo sucesivo, *TCB*) demandando la distribución de información falsa y engañosa en perjuicio de sus prácticas comerciales y, a su vez, *Belgacom* reconvino que sin la autorización del Estado belga -por conducto del Instituto Belga de Servicios Postales y telecomunicaciones- toda actividad de captación o venta de espacios publicitarios realizada por *ITT* para la edición 1995 de guías telefónicas infringía la legislación belga sobre prácticas comerciales y competencia⁴⁴. Al respecto, el *TCB* declaró infundada la reconvención de *Belgacom* y concedió la razón a *ITT*, por lo que condenó a *Belgacom* a proponerle a *ITT* la cesión de los datos para la publicación de guías telefónicas de manera razonable y en términos no discriminatorios.⁴⁵

No obstante, lo resuelto por el *TCB*, *Belgacom* se negó a cederle a *ITT* los datos necesarios para la publicación de guías telefónicas por lo que *ITT* promovió una medida de cesación ante el *TCB* y a su

³⁸*T-111/96 - ITT Promedia v Commission*. Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=4E81FDB4D90340B8A977A80939ACDB2C?text=&docid=44050&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6034286>.

³⁹ Caso *ITT Promedia*, párrafos 2 y 3.

⁴⁰ *Ibidem*, párrafo 6.

⁴¹ *Ibidem*, párrafos 6 y 7.

⁴² *Ibidem*, párrafo 4.

⁴³ *Ibidem*, párrafo 10.

⁴⁴ *Ibidem*, párrafo 11.

⁴⁵ *Ibidem*, párrafos 11, 12 y 13.

vez *Belgacom* reconvino argumentando que la pretensión de ITT “(...) constituía una práctica contraria a la legislación belga sobre prácticas comerciales y competencia económica (...).”⁴⁶

Al respecto, el *TCB* consideró fundadas las pretensiones de *ITT* y estimó improcedente la reconvención de *Belgacom*.⁴⁷ Pese al escenario desfavorable, *Belgacom* acudió al *TCB* a interponer dos nuevas demandas en contra de *ITT* mediante las cuales solicitó que se ordenara a *ITT* la cesión de ciertos conocimientos comerciales y derechos de propiedad industrial en favor de *Belgacom*,⁴⁸ y que se ordenara a *ITT* el pago de daños y perjuicios a favor de *Belgacom*. Para sorpresa de nadie, el *TCB* declaró infundadas ambas demandas.⁴⁹

Por su parte, *ITT* presentó una denuncia en contra de *Belgacom* ante la Comisión Europea por violaciones a lo dispuesto por el entonces vigente artículo 86 del TFUE, actualmente, artículo 106. En su denuncia, *ITT* sostuvo que *Belgacom* abusó de su posición dominante en el mercado de guías telefónicas e inició procedimientos contenciosos temerarios ante las autoridades jurisdiccionales competentes.

Al respecto, la Comisión de Competencia Europea determinó que no se configuraba la existencia de *vexatious litigation* y aclaró que el ejercer una acción judicial es una expresión del derecho a la tutela jurisdiccional por lo que no puede considerarse un abuso a menos que el accionante tenga poder sustancial; que no pueda considerar -de manera razonable- que las acciones tienen por objeto hacer valer sus derechos, sino que sólo sirva para hostigar a la contraparte; y que estén concebidas con fines anticompetitivos.⁵⁰

Partiendo de dicho estándar, la Comisión Europea analizó las tres apelaciones promovidas por *Belgacom* y consideró que las acciones ejercidas no podrían calificarse como *vexatious litigation* ya que fueron promovidas con la finalidad de defender sus derechos y no la de ejercer acciones autónomas destinadas a hostigar a *ITT*.⁵¹

A mayor abundamiento, la Comisión Europea consideró que para considerar el abuso de los recursos judiciales deben fijarse criterios objetivos y debe perjudicarse a la competencia. En el caso analizado,

⁴⁶ *Ibidem*, párrafo 13.

⁴⁷ *Ibidem*, párrafo 14.

⁴⁸ *Ibidem*, párrafo 20.

⁴⁹ *Ibidem*, párrafo 21.

⁵⁰ *Ibidem*, párrafo 30.

⁵¹ *Ibidem*, párrafos 41 y 42.

las acciones de *Belgacom* sólo trascendían a las partes de los litigios sin que afectaran la estructura de la competencia en los mercados.⁵²

Respecto al segundo elemento, consistente en la finalidad anticompetitiva de *Belgacom*, la Comisión Europea determinó que no se aportó ningún elemento que apuntara a que la solicitud no tenía la finalidad defender sus derechos.⁵³

No obstante, *ITT* impugnó la resolución de la Comisión ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas⁵⁴ y alegó, entre otros, diversos errores de apreciación cometido por la Comisión Europea pues, a su dicho, de los hechos se podía desprender la existencia de la conducta.⁵⁵ Sin embargo, el tribunal confirmó los argumentos de la comisión al no acreditarse la configuración de la conducta a cargo de *Belgacom* conforme a los elementos acumulativos -consistentes en los elementos objetivo y subjetivo- y precisó que la posibilidad de acceder a la tutela judicial es la expresión de un principio general del derecho; al constituir el *vexatious litigation* una excepción al referido principio general, los criterios acumulativos deben interpretarse de forma restrictiva.⁵⁶

En tal sentido, ese tribunal aclaró que “*según el primero de los dos criterios acumulativos mencionados por la Comisión en la decisión impugnada, una acción judicial sólo puede calificarse de abusiva en el sentido del artículo 86 del Tratado cuando no pueda considerarse razonablemente que tiene por objeto hacer valer los derechos de la empresa de que se trate y, por tanto, sólo pueda servir para hostigar a la parte contraria. Así pues, para determinar si este criterio se cumple, debe tomarse en consideración la situación existente en el momento en que se ejercita la acción*”.⁵⁷

En ese tenor, el tribunal precisó que, si bien era cierto que *Belgacom* no obtuvo resoluciones favorables al interponer los recursos, debía esclarecerse que, hasta el año 1994, el marco normativo belga concedía a *Belgacom* el derecho exclusivo sobre las referidas guías telefónicas, motivo por el cual se podía considerar que el ejercicio de la acción era legítimo y no servía exclusivamente para hostigar a *ITT*. Bajo esa línea argumentativa, el tribunal consideró que *Belgacom* se encontraba legitimado para ejercer sus derechos, incluso si sus pretensiones consistían en mantener su monopolio pues este fue concedido

⁵² *Ibidem*, párrafo 44.

⁵³ *Ibidem*, párrafo 45.

⁵⁴ *Ibidem*, párrafo 47.

⁵⁵ *Ibidem*, párrafo 52.

⁵⁶ *Ibidem*, párrafos 60 y 61.

⁵⁷ *Ibidem*, párrafo 72.

inicialmente en virtud del marco normativo belga vigente hasta el año 1994; los derechos alegados pudieron haberle constituido un beneficio en aras de proteger lo que, en ese momento, era su posición legítima en el mercado.⁵⁸

Años después, y en contraste con el caso anterior, la Comisión Europea conoció el caso donde las sociedades *Generics (UK) Limited* y *Scandinavian Pharmaceuticals Generics AB* denunciaron a *Astra AB* por impedirles que introdujeran versiones genéricas del medicamento del omeprazol (en lo sucesivo, Cápsulas de Losec) en diversos mercados del Espacio Económico Europeo (en lo sucesivo, EEE). Lo anterior en contravención del artículo 82 del Tratado y el artículo 54 del Acuerdo EEE (en lo sucesivo, caso *AstraZeneca*).⁵⁹

El primer abuso, consistente en la interposición de *AstraZeneca* de diversos procedimientos administrativos relacionados con el sistema de patentes. Al respecto, la autoridad de competencia identificó un abuso constante y consistente en presentar a la autoridad de patentes información engañosa en Bélgica, Dinamarca, Alemania, Países Bajos, Noruega y el Reino Unido, así como diversas cortes de estos países, todo ello a efecto de extender injustificadamente la patente del producto. Por lo que hace al segundo abuso, consistió en iniciar diversos procedimientos de revocaciones de las autorizaciones de comercialización de las Cápsulas de Losec a efecto de retrasar la entrada de nuevos competidores en diversos países del EEE.⁶⁰

Al respecto, la Comisión identificó que *AstraZeneca* concertó una estrategia integral y ejerció múltiples acciones previstas en la normatividad de patentes con la finalidad de evitar la entrada al mercado de todas las empresas genéricas que comercializan productos genéricos a base de omeprazol en diversos países del EEE, dichas acciones incluyeron incluso el establecimiento de información equívoca para inducir al error a las autoridades competentes.⁶¹ En ese sentido, la pretensión de *AstraZeneca* consistió en alargar *de facto* la protección económica obtenida mediante el sistema de patentes que el legislador consideró razonable para crear los incentivos para fomentar la innovación en la industria farmacéutica.

⁵⁸ *Ibidem*, párrafos 103, 104 y 106.

⁵⁹ 2006/857/CE: Decisión de la Comisión, de 15 de junio de 2005, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 82 del Tratado CE y el artículo 54 del Acuerdo de EEE (caso COMP/A.37.507/F3 — *AstraZeneca*). Boletín disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006D0857&from=ES>.

⁶⁰ Caso *AstraZeneca*, pp. 1 y 2.

⁶¹ Resolución *AstraZeneca v. Commission*, pp. II-3117 a II-3137.

Sin embargo, el asunto se judicializó.⁶² Al respecto, la Sala Sexta ampliada del Tribunal General enmarcó la estrategia anticompetitiva de *AstraZeneca* como una táctica concebida para el lanzamiento de una nueva variante del omeprazol.⁶³

(...) del conjunto de la documentación recopilada por la Comisión se desprende que, antes de que caducaran las patentes sobre la sustancia relativas a las cápsulas de Losec, AZ era consciente de la amenaza que representaba la entrada en el mercado de los productos genéricos para el volumen de las ventas y para el nivel de los precios de las cápsulas de Losec, y de la necesidad de reaccionar, a fin de impedir un deterioro importante en su posición competitiva. Con este propósito, AZ desarrolló la estrategia LPP, que estaba centrada en tres elementos, a saber, primeramente, las ampliaciones de gama del Losec, que incluían el Losec MUPS, en segundo lugar, la instauración de obstáculos técnicos o administrativos destinados a retrasar la entrada de los productos genéricos en el mercado y, en tercer lugar, la introducción de un producto de nueva generación, el esomeprazol que se creía que se diferenciaría del omeprazol genérico en unas ventajas clínicas significativas. La finalidad principal de la estrategia era limitar la erosión del volumen de las ventas del Losec [confidencial]. El trasvase de las ventas hacia el Losec MUPS y la instauración de obstáculos técnicos y administrativos iban, por tanto, destinados a contener la entrada de los productos genéricos y las importaciones paralelas, a la espera del lanzamiento del esomeprazol.

Lo expuesto insinúa que el tribunal advirtió la persecución de un fin legítimo de *AstraZeneca* pese a que los medios no lo fueran (particularmente por lo que hace a instaurar obstáculos técnicos o administrativos que retrasaran la entrada de productos genéricos en el EEE) y consideró que únicamente se acreditó el primer abuso referido por la Comisión. Además, concluyó que *AstraZeneca* infringió los artículos referidos previamente al solicitar la revocación de las autorizaciones de comercialización de las cápsulas de Losec en Dinamarca y en Noruega, en paralelo con la retirada del mercado de las cápsulas de Losec y con el lanzamiento de los comprimidos de Losec MUPS en ambos países, en cuanto se consideró que estos actos podían restringir las importaciones paralelas de cápsulas de Losec en dichos países.⁶⁴

A manera conclusiva, del análisis de los casos de la Unión Europea expuestos se advierten los siguientes elementos constitutivos de la conducta conocida como *sham litigation*:

⁶² T-321/05. SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL (Sala Sexta ampliada) de fecha 1 de julio de 2010, ECLI:EU:T:2010:266. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62005TJ0321&from=es>

⁶³ Resolución *AstraZeneca v. Commission*, p. II-3137.

⁶⁴ *Ibidem*, p. II-3177.

- A. La práctica debe ser cometida a efecto de evitar o retrasar la entrada de nuevos competidores, o de elevar sus costos de entrada.
- B. La conducta se comete mediante la interposición de uno o múltiples recursos judiciales o administrativos.
- C. El análisis de los elementos objetivo y subjetivo de los litigios interpuestos por el agente económico debe realizarse acumulativamente.
- D. Esta conducta implica un límite o abuso del derecho de petición y del derecho a la tutela judicial.
- E. La conducta puede ser ejercida en contra de uno o varios competidores actuales o potenciales.

3. República de Chile

A diferencia de EE.UU. y la Unión Europea, la República de Chile, sí cuenta con un tipo normativo para el abuso de recursos judiciales. Por un lado, de manera general, el artículo 3, inciso c), El Decreto de Ley Núm. 211 sanciona las prácticas predatorias y de competencia desleal realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante como hechos o actos que atentan a la libre competencia. Por otro lado, de manera particular, el artículo 4 de la Ley número 20.169 considera el ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente del mercado como un acto de competencia desleal en términos de la referida Ley Núm. 211.⁶⁵ De lo anterior, se sigue que la conducta se configura en tanto 1) el ejercicio de los recursos sea manifiestamente abusivo; 2) se ejerza con la intención de entorpecer la operación de un agente económico y 3) dicha competencia desleal se configure con la finalidad de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en el mercado. No sobra enfatizar que, a diferencia de EE.UU. y la Unión Europea, en Chile, la configuración de la conducta requiere, forzosamente, la presentación de múltiples recursos a todas luces abusivos de modo que la intención anticompetitiva sea evidente.

Ahora bien, en el caso *Compañía Minera Cordillera vs. Sociedad Sal Punta Lobos* (en lo sucesivo, SPL) el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de la República de Chile (en lo sucesivo, TDLC) concluyó que SPL infringió la libre competencia al imponer barreras artificiales a la entrada de nuevos competidores con el objeto de mantener su posición de dominio en el mercado interno de la sal.⁶⁶

⁶⁵ Ley Núm. 20.169, decretada el 18 de enero de 2007.

⁶⁶ Caso *Minera Cordillera*, p. 62.

La compañía Minera Cordillera era distribuidora de sal, principalmente de aquella que se recolectaba de diversas minas concesionadas a la compañía SPL. Sin embargo, SPL fue adquirida por otro grupo comercial llamado *Yuraseck* y decidieron eliminar a Cordillera como distribuidor, para convertirse en su competidor participando en el mercado internacional de distribución de la sal.⁶⁷ De acuerdo con Minera Cordillera, sólo existían dos puertos desde los cuales era económicamente viable el embarque de sal: Puerto Patillos, controlado por SPL, y Puerto Patache, controlado por la empresa Endesa, quien sólo permitía la operación de un muelle multipropósito para la descarga de carbón y ácido sulfúrico. Por lo tanto, Minera Cordillera manifestó que no existían sustitutos al transporte marítimo como medio para la distribución de la sal.⁶⁸

Posteriormente, Minera Cordillera negoció y celebró un contrato de promesa de compraventa para adquirir Puerto Patache sujeto a la condición de que el puerto fuera habilitado para transportar sal.⁶⁹ Con motivo de la celebración de ese contrato, SPL comenzó a ejercer diversas peticiones administrativas y judiciales, para detener las intenciones de Minera Cordillera.

Al respecto, la Fiscalía Nacional Económica señaló que el análisis de la controversia debía centrarse en los puertos de Patillos y Patache⁷⁰ y declaró que SPL tenía un poder de tipo monopólico en el transporte marítimo de la sal.⁷¹ También sostuvo que el mercado portuario contaba con barreras a la entrada,⁷² de modo que la referida fiscalía concluyó que autorizar la participación de SPL en la propiedad de ambos puertos implicaría monopolizar *de facto* los dos únicos puertos aptos para el embarque de sal.⁷³

En ese sentido, Minera Cordillera acudió ante el TDLC en contra de SPL con tres argumentos torales:

74

A. Pretender la adquisición de Puerto Patache sin haber consultado previamente a la autoridad antimonopolio, según la previno el Dictamen N° 1.042, de 1998, con la intención de monopolizar el mercado de los servicios portuarios para el embarque de sal y, con ello, el mercado de la producción y venta de sal.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 1.

⁶⁸ *Idem*.

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 8.

⁷¹ *Idem*.

⁷² *Idem*.

⁷³ *Ibidem*, p. 9.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 11.

B. Abuso de posición dominante, al discriminar en perjuicio de Cordillera en la atención de sus naves en Puerto Patillos, postergando su carguío y haciéndola incurrir en costos y dificultades para cumplir oportunamente sus obligaciones contractuales.

C. Creación de barreras artificiales a la entrada, mediante conductas predatorias consistentes en la presentación de demandas y acciones administrativas con el propósito de evitar la competencia en el mercado.

El tribunal consideró que SPL poseía una evidente posición de dominio en los mercados nacionales de sal⁷⁵ y que las investigaciones iniciadas y medidas precautorias decretadas con motivo de las peticiones y acciones ejercidas por SPL tuvieron como efecto retrasar casi cuatro años la habilitación de Puerto Patache para el embarque de sal.⁷⁶ Además, determinó que las pretensiones y acciones ejercidas por SPL en los recursos que promovió resultaban ser discordantes entre sí e incluso contrarias al interés invocado por SPL.⁷⁷

A mayor abundamiento, el TDLC estableció que “(...)era necesario determinar si las acciones ejercidas por SPL estarían amparadas por su derecho de petición y acción, respectivamente, o bien, si constituyen conductas que infringen la libre competencia”;⁷⁸ ya que dicho análisis resultaba fundamental para resolver el asunto planteado, en cuanto a que: “(...) si las acciones de SPL pretendían resguardar su interés en adquirir Puerto Patache o si, por el contrario, las acciones se ejercieron por la finalidad retardar o impedir la entrada de competidores al mercado, obstruyendo la habilitación de un segundo puerto (...).”⁷⁹

En ese tenor, el TDLC condenó a SLP al pago de una multa⁸⁰ y emitió el siguiente criterio:

Que 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.

(...)

Que en las impugnaciones tanto administrativas como judiciales (...) resulta imposible advertir alguna utilidad para SPL en caso de resultar vencedora en ellas distinta de impedir

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ *Ibidem*, p. 58.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 57.

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ *Ibidem*, p. 62.

*la entrada de competidores al mercado nacional de la sal, conservando artificial e ilegítimamente su posición dominante en él.*⁸¹

Así las cosas, el TDLC consideró que, aún en caso de haber obtenido la razón, resultaba imposible advertir alguna utilidad del éxito de las acciones judiciales y administrativas ejercidas por SPL,⁸² por lo que el único beneficio que tendrían sería impedir la entrada de otros competidores al mercado nacional de sal, conservando artificial e ilegítimamente su posición dominante en el mercado.⁸³

Otro caso paradigmático fue Telmex Servicios Empresariales, S.A. (en lo sucesivo, Telmex Chile) vs. Compañía de Telecomunicaciones de Chile, S.A. (en lo sucesivo, CTC).⁸⁴ Telmex Chile denunció a CTC ante el TDLC por la comisión de actos de competencia desleal consistentes en “*el eventual abuso sistemático de procedimientos administrativos y recursos judiciales con el fin de dejar sin efecto la adjudicación que obtuvo Telmex de una concesión nacional de servicio público telefónico local inalámbrico para la operación de la tecnología WiMax.*”⁸⁵ Tanto el TDLC como la Corte Suprema de Chile determinaron que no se configuró la comisión de la conducta, conforme a lo que a continuación se expone.

Telmex Chile señaló algunos requisitos para considerar la existencia de abuso de procesos legales con fines anticompetitivos:⁸⁶

*(i) si la denuncia, solicitud o acción carece de fundamento y se presenta en el momento en que el competidor se aprestaba a iniciar operaciones; (ii) si la finalidad explícita de la petición o acción es paralizar las actividades comerciales de un competidor; (iii) el ejercicio de las acciones debe ser inequívocamente encaminado a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia; (iv) que se trate de un conjunto de acciones diversas, muchas veces interpuestas en diversas sedes; y (v) que las acciones deducidas sean objetivamente discordantes, es decir, que el demandante o actor mantenga simultáneamente intereses contradictorios.*⁸⁷

⁸¹ *Ibidem*, pp. 58 y 60.

⁸² *Ibidem*, p. 59.

⁸³ *Ibidem*, p. 58.

⁸⁴ Caso Telmex Chile, p. 2.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 1.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 7.

⁸⁷ *Idem*.

Conforme a lo anterior, el TDLC analizó si los recursos judiciales de CTC se entendían como parte del ejercicio de su derecho de petición⁸⁸ o si se ejercieron con la inequívoca finalidad de impedir o retrasar la entrada de otros competidores al mercado.⁸⁹ En ese sentido, el TDLC determinó que CTC no cometió la conducta consistente en el abuso de procesos legales con fines anticompetitivos y rechazó la demanda de Telmex Chile:⁹⁰

(...) a juicio de este Tribunal, obran en autos antecedentes suficientes que acreditan que Telefónica CTC tenía un legítimo interés en adjudicarse la concesión nacional de servicio público telefónico local inalámbrico necesaria para la operación de WiMax, y que Telefónica CTC tenía argumentos al menos atendibles para justificar la procedencia de las acciones y recursos que presentó;

(...)

Vigésimo primero: Que atendido lo expuesto, y dado que no se ha acreditado en autos que Telefónica CTC haya ejercido las acciones y recursos administrativos y judiciales individualizados precedentemente con la finalidad inequívoca de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, la demanda debe ser necesariamente rechazada.⁹¹

Posteriormente, Telmex Chile interpuso un recurso de reclamación ante la Corte Suprema de Chile, la cual confirmó la sentencia recurrida. Al respecto, la Corte Suprema de Chile ofreció una aproximación y estándar para la configuración del abuso de recursos judiciales:

[S]e trata de la formación de un proceso jurisdiccional infundado, en el que la carencia de razón es manifiesta -esto es fácilmente predicable-, cuya existencia sólo puede explicarse porque constituye un medio a los efectos de generar algún tipo de ventaja indebida. Se ejerce el derecho de acción, pero no se tiene la finalidad de obtener su contenido pretensional expreso, sino únicamente alguna posición de otra manera inalcanzable.⁹²

A partir de dicha aproximación, la Corte Suprema de Chile estudió el recurso interpuesto y determinó que no puede sostenerse que CTC cometió la conducta denunciada ya que las acciones no implicaron su ejercicio abusivo o la creación de barreras artificiales.⁹³ A mayor abundamiento, la referida corte indicó que derivado del estudio de las pretensiones en las acciones ejercidas por CTC, se advierte un interés legítimo a competir y que el comportamiento procesal es consistente en defender su interés para

⁸⁸ *Ibidem*, p. 21.

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 25.

⁹¹ *Ibidem*, pp. 22 y 24.

⁹² *Idem*, Considerando vigésimo quinto.

⁹³ *Idem*, Considerando vigésimo segundo.

participar en el mercado.⁹⁴ Sin perjuicio de lo anterior, la Corte Suprema de Chile determinó el estándar para configurar la práctica anticompetitiva a través del abuso de los recursos judiciales o administrativos. Por un lado, la interposición de los recursos debe tener por objeto el alcanzar, mantener o incrementar la posición dominante del accionante. Por otro lado, las acciones deben ejercerse de forma abusiva, de modo que es necesario acreditar que carecen de una razón manifiesta cuya única finalidad sea obtener una ventaja de tipo monopólica frente a un competidor actual o potencial. Lo anterior implica que, si el agente económico tiene un interés legítimo al interponer los recursos, se excluye la posibilidad de considerar que se actualiza una práctica anticompetitiva.

Con base en lo anterior, puede establecerse que, en el sistema jurídico chileno, para la configuración de la conducta conocida como *sham litigation*, se requieren los siguientes elementos:

- A. La conducta se comete mediante la interposición de múltiples recursos judiciales o administrativos.
- B. Deben actualizarse tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo. Por un lado, debe demostrarse que dichas acciones carecen de una base objetiva, mediante la cual se pueda suponer la protección de un derecho. Por otro lado, debe demostrarse que la conducta se ejerce con la única finalidad anticompetitiva; si existe un fin legítimo para interponer los recursos, no pueden considerarse anticompetitivos.

4. Perú

De manera similar a Chile, Perú cuenta con un tipo normativo para el *sham litigation*. En el caso de Perú, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en lo sucesivo, LRCA) prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas.⁹⁵ Particularmente, el artículo 10.2, inciso f), del mismo ordenamiento considera como un abuso de posición de dominio el uso abusivo y reiterado de procesos judiciales o administrativos con el efecto de restringir la competencia.⁹⁶

De la lectura al referido artículo, se advierte que la conducta consiste en el abuso reiterado de los procesos de carácter judicial o administrativo, que debe ejercerse por un agente económico con poder

⁹⁴ *Idem*, Considerando vigésimo quinto.

⁹⁵ Artículo 1° de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

⁹⁶ Artículos 10.1 y 10.2 de la LRCA.

de mercado (abuso de posición de dominio) y debe tener como consecuencia restringir el proceso de competencia.

A continuación, se retoma un caso resuelto por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de Perú (en lo sucesivo, INDECOPI), el cual precisa los alcances de la definición del abuso de recursos judiciales o administrativos. Derivado del asunto Apofer vs. Fetrans, Perurail, Peruval y PTR (en lo sucesivo, caso Apofer), en el que la autoridad de competencia peruana determinó que Fetrans, Perurail, Peruval y PTR cometieron una práctica anticompetitiva en contra de Apofer, consistente en el abuso de su posición de dominio mediante el abuso de procesos legales.⁹⁷ A continuación, se sintetizan los aspectos más relevantes del caso.

Apofer denunció a Perurail, Peruval y PTR ante la INDECOPI y argumentó que dichas empresas cometieron un ejercicio abusivo de sus derechos de acción y petición con fines predatorios, dirigido a impedir, encarecer y dilatar el ingreso de los competidores con la finalidad de que el accionante mantuviera su posición dominante.⁹⁸

La autoridad de competencia peruana precisó la racionalidad de la conducta como una estrategia anticompetitiva “*el ejercicio abusivo de estos derechos en perjuicio de la competencia (...) 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. La idea o estrategia anticompetitiva que subyace a esta práctica es la de impedir, retrasar o desincentivar el ingreso o mantenimiento de un competidor en el mercado.*”⁹⁹ Asimismo, el INDECOPI determinó que el análisis de una práctica de abuso de procesos legales debe considerar el conjunto de acciones que conformarían la estrategia predatoria¹⁰⁰ de modo que un análisis retrospectivo e individual de cada acción legal es inadecuado para determinar si el derecho de petición en múltiples acciones legales ha sido ejercido con fines ilícitos.¹⁰¹

No sobra señalar que -a diferencia del resto de jurisdicciones expuestas en el presente trabajo de investigación- el INDECOPI determinó que el elemento de intencionalidad es primordial para la configuración de la conducta, mientras que el elemento objetivo es un aspecto incidental. Para dicha autoridad, el ejercicio abusivo del derecho consiste en usarlo con un fin distinto al que fue concebido y

⁹⁷ Caso Apofer, p. 87.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 1.

⁹⁹ *Idem*.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 45.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 36.

en perjuicio de otros derechos o bienes jurídicos, de modo que el contar con una causa probable para ejercer el recurso en cuestión es algo incidental.¹⁰²

Bajo esa premisa, el INDECOPI señala que la intencionalidad puede advertirse a través, de, entre otros, la ausencia de una expectativa razonable de triunfo en un proceso legal, de si el ejercicio de la acción implica la expectativa de obtener beneficios económicos en caso de ganar el recurso, de hacia quién se ejercen los recursos, el momento en que se ejercen y el análisis de los efectos que conllevan.¹⁰³

Con base en lo anterior, en Perú la configuración de la conducta conocida como *sham litigation* requiere de los siguientes elementos:

- A. Debe ser cometida por un agente económico que tenga una posición dominante en el mercado relevante.
- B. Cometerse mediante la interposición abusiva y reiterada de múltiples recursos judiciales o administrativos.
- C. Ejercerse con efectos anticompetitivos, el elemento objetivo es incidental.
- D. Cometerse en contra de competidores o competidores potenciales.

5. República del Ecuador

Ecuador ha emitido normas en materia de competencia económica mediante la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en lo sucesivo, LORCPM). El artículo 9, numeral 18, de la misma ley tipifica la práctica conocida como abuso del derecho con fines anticompetitivos:

*18.- La implementación injustificada de acciones legales que tenga por resultado la restricción del acceso o de la permanencia en el mercado de competidores actuales o potenciales.*¹⁰⁴

Al respecto, el caso Acromax Laboratorio Químico Farmacéutico, S.A. (en lo sucesivo, Acromax) contra *Pfizer Ireland Pharmaceutical* (en lo sucesivo, Pfizer) es un ejemplo de la aplicación de esta legislación. Al momento de la controversia, Pfizer patentó el proceso químico para la obtención del componente activo denominado “Sildenafil”, compuesto indispensable para la elaboración de un medicamento que combate la disfunción eréctil conocido como “viagra”.

¹⁰² *Ibidem*, p. 33.

¹⁰³ Caso Apofer, pp. 17 y 32.

¹⁰⁴ Artículo 9, numeral 18 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Posteriormente, Acromax produjo y comercializó un producto farmacéutico denominado “Max” que, al igual que tiene como finalidad combatir la disfunción eréctil y su principal componente activo es el Sildenafil. De acuerdo con Acromax, el componente activo se obtuvo mediante un proceso de producción distinto al utilizado por Pfizer por lo que solicitó al Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (en lo sucesivo, IEPI) la tutela administrativa de sus derechos de propiedad intelectual a efecto de que se determinara que el proceso productivo de “Max” difería del utilizado por su competidor. Acromax no obtuvo respuesta por parte de la autoridad y promovió un juicio de amparo ante el Juez Primero de lo Penal de Guayas, el cual, además de obligar al IEPI a responder la petición de Acromax, determinó que, en efecto, el proceso de producción difería.¹⁰⁵

Por su parte, Pfizer argumentó ser el propietario de la patente por lo cual inició procesos judiciales solicitando medidas cautelares; la autoridad jurisdiccional competente las concedió ordenando que se prohibiera a Acromax la importación de materia prima que contiene el principio activo Sildenafil y prohibiendo la comercialización del producto Max en el Ecuador.¹⁰⁶ No obstante, la autoridad jurisdiccional no tenía conocimiento del pronunciamiento por parte del IEPI y de la sentencia dictada por el Juez Primero de lo Penal de Guayas en cuanto a la diferencia entre el proceso productivo del medicamento.¹⁰⁷ Atento a lo anterior, Acromax promovió una acción extraordinaria ante la Corte Constitucional de Ecuador en contra de la resolución de la Jueza Quinto Civil que concedió las medidas precautorias,¹⁰⁸ la cual ordenó levantar las medidas cautelares dictadas por la Jueza Quinto.

En primer lugar, la Corte Constitucional de Ecuador estableció que una medida cautelar es un mecanismo que asegura la efectividad del fallo futuro que resolverá la cuestión de fondo y determinó sus características; instrumentalización, provisionalidad, temporalidad, variabilidad y articulación procesal escasa. Además, la referida corte constitucional estableció que dichas medidas producen un triple efecto: la conservación de un *statu quo*, el aseguramiento de la situación, y la innovación y anticipación de la pretensión. Sobre el tercer efecto, la Corte Constitucional de Ecuador reconoció que la acción cautelar puede ser solicitada para buscar un resultado que evidencia la práctica de competencia desleal. En ese tenor, corte constitucional de mérito señaló que para la ejecución de la medida cautelar:

¹⁰⁵ Caso Acromax, p 2.

¹⁰⁶ *Idem*.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 14.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 7.

“(…) se debe probar la titularidad del derecho, así como la infracción de los derechos contenidos en la Ley de Propiedad Intelectual (…)”.¹⁰⁹

Una vez realizadas las precisiones anteriores, el máximo tribunal de Ecuador determinó que en el caso en concreto, la medida cautelar fue un medio para lograr la denominada “competencia desleal.”¹¹⁰ Lo anterior en el entendido que ya existía un pronunciamiento previo que determinó la existencia de los derechos de Acromax, de modo que se advertía que la medida cautelar tenía como finalidad excluir del mercado el producto “Max”.¹¹¹ Asimismo, la Corte Constitucional de Ecuador determinó que la medida cautelar no debió concederse por el mismo razonamiento; ya existía un fallo constitucional que reconoció el derecho de propiedad intelectual de Acromax.¹¹² Finalmente, dicha corte constitucional calificó que la medida no fue preventiva y de corta duración, pues duró aproximadamente cuatro años y siete meses.¹¹³

Por lo expuesto, la Corte Constitucional de Ecuador concluyó que el otorgamiento de dichas medidas cautelares fue un medio de competencia desleal toda vez que éstas pretendían sacar del mercado el producto autorizado Max. En la inteligencia de ser un producto autorizado, se desvirtuaron los supuestos para conceder las medidas cautelares y, por lo tanto, se evidencia el abuso del derecho.¹¹⁴

Con base en lo anterior, puede establecerse que, en el sistema jurídico ecuatoriano, para la configuración de la conducta conocida como *sham litigation* se requieren los siguientes elementos:

- A. Debe ser cometida como un abuso del derecho.
- B. Debe consistir en la implementación injustificada de acciones legales.
- C. La interposición de las acciones judiciales o administrativas tenga como resultado restringir la entrada de un nuevo competidor o desplazar a uno existente en el mercado.
- D. Debe ser sancionable en tanto su efecto sea anticompetitivo.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p.14.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 15.

¹¹¹ *Idem*.

¹¹² *Idem*.

¹¹³ *Idem*.

¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 14 y 15.

6. Conclusiones sobre el estándar internacional para configurar el *sham litigation*

Conforme a la legislación, pronunciamientos de las autoridades de competencia y precedentes judiciales de los sistemas jurídicos expuestos, se esbozan elementos en común.

En principio, el análisis del *sham litigation* implica la necesidad reconocer que el ejercicio de algún recurso judicial o administrativo deriva de los derechos de petición y su vertiente del derecho a la tutela judicial de los particulares sin que éste se entienda como absoluto. Toda vez que la interposición de los recursos judiciales o administrativos implica el ejercicio de tal derecho, el análisis para determinar que la interposición es una farsa con objeto o efecto anticompetitivo debe ser restrictivo.

En ese tenor, del trabajo de las autoridades de competencia y de las autoridades judiciales, se han establecido definiciones del *sham litigation* y parámetros para analizar su configuración. En términos generales, de los sistemas jurídicos expuestos se advierte que *sham litigation* consiste en la interposición por parte de un agente económico con poder sustancial de mercado de una o varias acciones de carácter judicial o administrativo con fines anticompetitivos para evitar o retrasar la entrada de competidores actuales o potenciales.

La interposición de dichos recursos puede considerarse un “abuso” del derecho y suele analizarse conforme a un test de dos partes; un elemento objetivo y otro elemento subjetivo. El objetivo consiste en determinar si la acción es infundada, temeraria o absurda de modo que ningún litigante razonable esperaría obtener de forma realista una resolución favorable a sus pretensiones. El subjetivo se refiere a la única intención de generar un daño de carácter anticompetitivo, puesto que es posible que la acción genere un efecto anticompetitivo pero que sea ejercida con fines legítimos por quien se considera titular de un derecho. En algunos casos el análisis de la configuración de estos elementos es secuencial o acumulativo, en otros, configurar el elemento subjetivo es suficiente para considerar la conducta como anticompetitiva puesto que lo que debe sancionarse es el ejercicio abusivo del derecho, con independencia de que el accionante cuente con una base objetiva para su ejercicio.

Así las cosas, se advierte un consenso, en términos generales, para definir *sham litigation*, pero no para determinar su configuración. Por un lado, para la Unión Europea y Chile, deben actualizarse tanto el elemento objetivo como el subjetivo. Para EE.UU., es necesario realizar un análisis secuencial donde sólo en el supuesto de que la acción sea objetivamente infundada, se analiza si la interposición entraña una finalidad anticompetitiva. En sentido opuesto, Perú considera que la intencionalidad del accionante es primordial para la configuración, mientras que el elemento objetivo es accesorio. Finalmente, en

Ecuador, al analizar los efectos anticompetitivos de la medida cautelar, se advirtieron los indicios de la intencionalidad anticompetitiva y, por lo tanto, la conducta se entiende como un abuso del derecho.

Considerando las lecciones de los casos expuestos, es necesario contextualizar sus alcances y utilidad en el ámbito de la competencia económica y de nuestro sistema jurídico, lo cual se desarrolla en los capítulos siguientes.

Capítulo II. Las prácticas monopólicas relativas en el sistema jurídico mexicano

1. Política de competencia en México

Massimo Motta -quien fue economista en jefe de la Dirección General de Competencia de la Unión Europea entre 2013 y 2016- propone una definición de la política de competencia, en los términos siguientes:¹¹⁵

El conjunto de políticas y leyes que aseguran que la competencia en el mercado no se limite a tal grado que reduzca el bienestar económico.

No obstante, es necesario definir el término bienestar económico y aclarar que el término se compone a su vez, de diversos conceptos económicos. Para tales efectos, el mismo autor propone una definición básica¹¹⁶ del bienestar económico, y los conceptos que lo componen, de la siguiente manera:¹¹⁷

(...) es el concepto estándar utilizado en economía para medir qué tan bueno es el desempeño de una industria. Es una medición que agrupa el bienestar [o excedente] de los diferentes grupos en la economía. En cada industria dada, el bienestar viene dado como el excedente total, es decir, la suma del excedente del consumidor y del excedente del productor. El excedente de un consumidor individual determinado viene dado por la diferencia entre la valuación que hace del bien considerado [o su disposición a pagar por dicho bien] y el precio que efectivamente tiene que pagar por él. El excedente del consumidor [o bienestar del consumidor] es la medida agregada de los excedentes de todos los consumidores. El excedente de un productor individual es el beneficio que obtiene por la venta del bien en cuestión. Por lo tanto, el excedente del productor es la suma de todos los beneficios obtenidas por los productores de la industria.

Ahora bien, en el contexto mexicano, Palacios Prieto Alejandra -quien fue comisionada presidenta de la COFECE desde septiembre de 2013 a septiembre de 2021- y Pérez Trujillo José Nery, señalan que la política de competencia favorece la innovación, productividad y competitividad de las empresas y estos factores, a su vez, generan efectos macroeconómicos y de bienestar social positivos.¹¹⁸ Explicado a contrario *sensu*, la política de competencia es relevante puesto que, cuando no existen condiciones de

¹¹⁵ Motta Massimo, *Política de competencia. Teoría y práctica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018, p. 59.

¹¹⁶ Toda vez que no se consideran las externalidades positivas o negativas que pueden existir en algún mercado en particular.

¹¹⁷ Motta Massimo, *Política de competencia. Teoría y práctica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018, p. 45.

¹¹⁸ *Reforma en materia de Competencia Económica*, Palacios Prieto Alejandra y Pérez Trujillo José Nery, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, p. 54.

competencia, la teoría económica señala que existen pérdidas del bienestar de dos tipos; aquellas que reducen el excedente del consumidor y las que generan pérdidas irrecuperables en eficiencia.¹¹⁹

En esta línea argumentativa, los autores referidos señalan los beneficios de adoptar la política de competencia, los cuales se exponen y explican a continuación de manera breve. En primer lugar, a dicho de los autores, la presión competitiva que enfrentan los agentes económicos al participar en un mercado (aunado a la entrada y salida de competidores) genera incentivos a dichos agentes económicos para defender su permanencia en el mercado mediante la creación o mejor de procesos, productos y servicios. En segundo lugar, la competencia influye en la productividad puesto que, por un lado, las empresas tienen que ofrecer constantemente mejores precios y calidad de los bienes y servicios que comercializan, así como ser más eficientes para mantener la preferencia de sus consumidores y, por lo tanto, mantener su participación de mercado. Por otro lado, las empresas ineficientes -en la medida en que no existan barreras a la entrada o a la salida del mercado- tienden a ser reemplazadas por aquellas que sí son eficientes, incrementándose la productividad media de los participantes en el mercado. En tercer lugar, la competencia influye en la competitividad nacional e internacional mediante la innovación y la eficiencia en los mercados de bienes y servicios, de modo que los países con mercados más eficientes suelen estar mejor preparados para producir bienes y servicios conforme a la oferta y demanda (inter)nacional. En cuarto lugar, la política de competencia detona efectos virtuosos que estimulan el crecimiento; a mayor tasa de crecimiento, el ingreso per cápita y la calidad de vida aumenta, se generan más y mejores empleos, se aumenta el poder adquisitivo, los precios de los bienes y servicios bajan y dichos factores en su conjunto tienen un efecto en la reducción de la pobreza y la desigualdad.¹²⁰

En el mismo tenor, Motta señala los objetivos de la política de competencia, el excedente total; la defensa de las empresas pequeñas; la promoción de la integración de los mercados; libertad económica; lucha contra la inflación; y la justicia y equidad. Además, aclara que, con la política de competencia, existen incentivos para la inversión en innovación y desarrollo con la finalidad de que los agentes económicos puedan diferenciar sus productos o servicios e incrementar su participación de mercado.¹²¹

Dicha postura es compartida en, cierto grado, por el campo de la organización industrial. Al respecto, Porter señala que la esencia de la formulación de una estrategia competitiva implica realizar un análisis estructural de la industria donde se compite e identifica las fuerzas que impulsan la competencia en la

¹¹⁹ *Idem.*

¹²⁰ *Ibidem*, pp. 55 a 58.

¹²¹ *Ibidem*, p. 55.

industria, a saber; los competidores y su rivalidad; los participantes potenciales; el poder de negociación de los compradores y de los proveedores, y la amenaza de productos o servicios sustitutos.¹²²

Ahora bien, la aplicación de la política de competencia en México es una materia relativamente joven. Si bien, la política de competencia se reconoce desde la promulgación de la constitución de 1857¹²³ y se mantuvo en la constitución de 1917.¹²⁴ Además, el texto constitucional se mantuvo esencialmente como letra muerta puesto que la ley en la materia se promulgó 135 años después, en diciembre del año de 1992. En el marco de las reformas estructurales propuestas por el entonces presidente Enrique Peña Nieto, dicha ley fue abrogada para dar lugar a la Ley Federal de Competencia Económica, vigente desde mayo de 2014.

De la lectura del artículo 28 constitucional se advierte la protección de la competencia y libre concurrencia, de modo que puede considerarse un bien jurídicamente tutelable conforme a nuestro sistema jurídico. Lo anterior es así toda vez que, como se advierte del referido texto constitucional, los monopolios a cargo de particulares e incluso del Estado (denominados estancos) -salvo ciertas excepciones- se encuentran prohibidos. En el mismo tenor, se prohíben, investigan y sancionan diversas conductas que se consideran anticompetitivas como lo son las prácticas monopólicas, las concentraciones o acaparamiento que tenga por objeto obtener el alza de los precios, así como todo acuerdo procedimiento o combinación de los agentes económicos que hagan con la finalidad de evitar la libre concurrencia o la competencia, entre ellos, en perjuicio de una o varias personas determinadas, de alguna clase social, de los consumidores y del público en general.

Además, el referido artículo 28 constitucional faculta a la Comisión Federal de Competencia y el Instituto Federal de Telecomunicaciones como las autoridades de competencia -con autonomía

¹²² Porter Michael E., *Estrategia competitiva. Técnicas para el análisis de los sectores industriales y de la competencia*, México, Grupo Editorial Patria, 2019, p. 4.

¹²³ Artículo 28 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos. “No habrá monopolios ni estancos de ninguna clase, ni prohibiciones á título de protección á la industria. Exceptúanse únicamente los relativos á la acuñación de monera, á los correos y á los privilegios que, por tiempo limitado, conceda la ley á los inventores ó perfeccionadores de alguna mejora.” Disponible para su consulta en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1857.pdf>.

¹²⁴ Artículo 28 de la Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos que reforma la de 5 de febrero del 1857. “En los Estados Unidos Mexicanos no habrá monopolios ni estancos de ninguna clase; ni exención de impuestos; ni prohibiciones a título de protección a la industria; (...)

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos, de artículos de consumo necesario, y que tenga por objeto obtener el alza de precios; todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios al público; todo acuerdo o combinación, de cualquiera manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes y empresarios de transportes o de alguno otro servicio, para evitar la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados; y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social”.

constitucional de carácter presupuestal, técnico y de gestión- para, entre otras funciones, investigar, perseguir y sancionar las referidas conductas anticompetitivas a efecto de garantizar la libre competencia y concurrencia.¹²⁵ No sobra señalar que el texto constitucional asigna las facultades concernientes a la defensa de la competencia y libre concurrencia al Instituto Federal de Telecomunicaciones, únicamente por lo que hace a los bienes y servicios de los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión.

Ahora bien, la ley reglamentaria en la materia es la Ley Federal de Competencia Económica, cuyo artículo 52 prohíbe los monopolios y enlista las conductas anticompetitivas que tengan efectos adversos en la competencia y libre concurrencia en cualquier eslabón de la cadena de valor.¹²⁶

Así las cosas, de ambas porciones normativas se advierten las conductas anticompetitivas, a saber; las prácticas monopólicas -sean absolutas o relativas- las concentraciones ilícitas y las barreras que disminuyan, dañen, impidan o condicionen la libre competencia y la competencia económica en cualquiera de los eslabones de la cadena de valor de cualquier bien o servicio. Las prácticas monopólicas absolutas son sancionables *per se*, lo que implica que basta la configuración de los supuestos establecidos en la norma para su sanción. Por su parte, para sancionar una práctica monopólica relativa debe analizarse, además, quién comete la práctica, así como el objeto y efecto de la conducta que se presume ilegal. Debido al objeto y alcance del presente trabajo de investigación, únicamente se hace referencia a las prácticas monopólicas relativas, en los términos referidos por la ley en la materia.

¹²⁵ Artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *El Estado contará con una Comisión Federal de Competencia Económica, que será un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tendrá por objeto garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, en los términos que establecen esta Constitución y las leyes. La Comisión contará con las facultades necesarias para cumplir eficazmente con su objeto, entre ellas las de ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia; regular el acceso a insumos esenciales, y ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos. (...) El Instituto Federal de Telecomunicaciones será también la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, por lo que en éstos ejercerá en forma exclusiva las facultades que este artículo y las leyes establecen para la Comisión Federal de Competencia Económica y regulará de forma asimétrica a los participantes en estos mercados con el objeto de eliminar eficazmente las barreras a la competencia y la libre concurrencia; impondrá límites a la concentración nacional y regional de frecuencias, al concesionamiento y a la propiedad cruzada que controle varios medios de comunicación que sean concesionarios de radiodifusión y telecomunicaciones que sirvan a un mismo mercado o zona de cobertura geográfica, y ordenará la desincorporación de activos, derechos o partes necesarias para asegurar el cumplimiento de estos límites, garantizando lo dispuesto en los artículos 6o. y 7o. de esta Constitución.*

¹²⁶ Artículo 52 de la LFCE. *Están prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones ilícitas y las barreras que, en términos de esta Ley, disminuyan, dañen, impidan o condicionen de cualquier forma la libre concurrencia o la competencia económica en la producción, procesamiento, distribución o comercialización de bienes o servicios.*

2. Prácticas monopólicas relativas

Las prácticas monopólicas relativas se configuran por la interpretación conjunta de los artículos 54 y 56 de la Ley Federal de Competencia Económica y requieren: 1) que la conducta encuadre en alguno de los supuestos previstos en el diverso artículo 56; 2) que la conducta sea ejercida por uno o varios agentes económicos con poder sustancial (conjunto) en el mercado relevante donde se comete la práctica, y 3) tenga o pueda tener como objeto o efecto en el mercado relevante o en algún mercado relacionado, desplazar indebidamente a otros agentes económicos, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de uno o varios agentes económicos.¹²⁷

Por su parte, el artículo 56 de la Ley Federal de Competencia Económica establece el catálogo de conductas que, en conjunción con la actualización de las fracciones II y III del diverso 54, configuran una práctica monopólica relativa. Dichas conductas pueden clasificarse, a grandes rasgos, en exclusividades verticales, precios de reventa, ventas atadas, exclusividades horizontales, negativa de trato, boicot, depredación, exclusividades horizontales por incentivos, subsidios cruzados, discriminación, elevación de costos del rival, restricción de acceso a un insumo esencial; o estrechamiento de márgenes en un insumo esencial.

De lo expuesto, se advierte que la configuración de una práctica monopólica relativa requiere de la actualización de los 3 elementos contenidos en el artículo 54 de la LFCE. No sobra señalar que la racionalidad de los requisitos del referido artículo 54 coincide con la teoría de la competencia, con los criterios judiciales de EE.UU. y con los criterios que nuestro Poder Judicial ha emitido respecto a que la configuración de alguna de las conductas previstas en el artículo 56 de la LFCE por sí sola, no constituye una práctica anticompetitiva, esto se debe a la regla de la razón.

Conforme a la doctrina y a diversos criterios judiciales, para considerar que se configura una práctica monopólica relativa sancionable es necesario acudir a la *rule of reason*. La regla de la razón implica analizar los efectos de la conducta que se reputa como ilegal, puesto que, dependiendo del agente

¹²⁷ Artículo 54 de la LFCE. *Se consideran prácticas monopólicas relativas, las consistentes en cualquier acto, contrato, convenio, procedimiento o combinación que:*

I. Encuadre en alguno de los supuestos a que se refiere el artículo 56 de esta Ley;

II. Lleve a cabo uno o más Agentes Económicos que individual o conjuntamente tengan poder sustancial en el mismo mercado relevante en que se realiza la práctica, y

III. Tenga o pueda tener como objeto o efecto, en el mercado relevante o en algún mercado relacionado, desplazar indebidamente a otros Agentes Económicos, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de uno o varios Agentes Económicos.

económico que comete la práctica y del mercado en cuestión, incluso pueden advertirse efectos procompetitivos.

Al respecto, en el caso *Chicago Board of Trade v. United States* el Justice Louis D. Brandeis esbozó los criterios a considerar para analizar los efectos de la conducta: “*The history of the restraint, the evil believed to exist, the reason for adopting the particular remedy, the purpose or end sought to be attained, are all relevant facts.*” En ese tenor, mediante diversos criterios judiciales, EE.UU. consideró que únicamente las conductas que no pasen el test de la regla de la razón serían sancionables.¹²⁸ Estos criterios históricos fueron aceptados, de manera general, por la comunidad internacional de la competencia económica y explican la racionalidad de los artículos 54 y 56 de la LFCE, así como las implicaciones de la definición de un mercado relevante y la determinación de poder sustancial como elementos a considerar para analizar el objeto o efecto anticompetitivo de la conducta investigada.

3. Mercado relevante

La Ley Federal de Competencia Económica no define el concepto de mercado relevante, pero establece los elementos que deben considerarse para su determinación, los cuales esencialmente consisten en analizar las posibilidades de sustitución del bien o servicio, desde una perspectiva geográfica, tecnológica y temporal y desde el lado de la oferta y la demanda; considerar los costos de distribución del bien, sus insumos para su elaboración, los costos o probabilidades de los demandantes para acudir a otros mercados; las restricciones normativas para acceder al bien o servicio, sus fuentes de abasto de alternativas; así como los demás elementos que establezcan las disposiciones regulatorias emitidas por las autoridades de competencia.¹²⁹

¹²⁸ Para mayores referencias, consultar *Standard Oil Co. v. United States*; *Appalachian Coals, Inc. v. United States*.

¹²⁹ Artículo 58 de la LFCE. *Para la determinación del mercado relevante, deberán considerarse los siguientes criterios:*

I. Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución;

II. Los costos de distribución del bien mismo; de sus insumos relevantes; de sus complementos y de sustitutos desde otras regiones y del extranjero, teniendo en cuenta fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones;

III. Los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados;

IV. Las restricciones normativas de carácter federal, local o internacional que limiten el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos;

V. Los demás que se establezcan en las Disposiciones Regulatorias, así como los criterios técnicos que para tal efecto emita la Comisión.

Toda vez que la LFCE no estableció una definición de lo que debe entenderse por mercado relevante, se recurre a las definiciones y consideraciones que las autoridades de competencia mexicanas han desarrollado en el ejercicio de sus funciones. Al respecto, la COFECE señaló que, para definirlo, es necesario identificar cuáles productos o servicios compiten entre sí (es decir, cuáles son sustitutos) y la o las regiones geográficas en donde se producen, distribuyen, o comercializan éstos (o sea, la dimensión geográfica de este mercado).¹³⁰

Por lo que hace al Poder Judicial de la Federación, desde el año de 2008 se definió el concepto en el criterio jurisprudencial siguiente:¹³¹

La Ley Federal de Competencia Económica y su reglamento no establecen una definición conceptual de lo que es "mercado relevante"; sin embargo, a través de los criterios contenidos en sus preceptos, se colige que se compone de todos los productos que son razonablemente intercambiables o sustituibles, según los fines para los que fueron hechos, considerando las características de precio, uso y calidad. En forma más simple, el mercado relevante es el espacio geográfico en el que se ofrecen o demandan productos o servicios similares, lo que le otorga una doble dimensión: De productos o servicios y geográfica o territorial. En esa tesitura, para que exista mercado relevante es necesario que un conjunto de bienes o servicios iguales o similares estén al alcance del consumidor en un territorio lo suficientemente extenso como para que el consumidor esté dispuesto a obtener la mercancía o servicio en algún punto de ese espacio geográfico, en el tiempo en que aquél esté dispuesto a esperar para satisfacer su necesidad. En ese orden de ideas, se advierte que este concepto, (...) tiene una triple delimitación: objetiva, geográfica y temporal (...).

Por lo que hace a la teoría, Motta define el mercado relevante como *el conjunto de productos y zonas geográficas (...) que ejercen alguna presión competitiva entre sí.*¹³² Por su parte, Peredo señala que el concepto de mercado relevante es fundamental para la investigación de las prácticas monopólicas relativas pues éste sirve para determinar qué agente o agentes económicos cuentan con poder sustancial en el mercado donde se comete la práctica.¹³³

¹³⁰ *Herramientas de competencia. Derechos y obligaciones en materia de competencia*, Comisión Federal de Competencia Económica, México, 2015, p. 22. Disponible para su consulta en: https://www.cofece.mx/cofece/images/documentos_micrositios/herramientascompetenciaeconomica_250815_vf1.pdf.

¹³¹ **MERCADO RELEVANTE. SU CONCEPTO EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA.** Tesis [J]: *I.4o.A. J/75, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXVIII, octubre de 2008, p. 2225. Reg. digital 168609.

¹³² Motta Massimo, *Política de competencia. Teoría y práctica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018, pp. 137 y 138.

¹³³ Peredo Rivera, Amílcar, *Derecho de la competencia económica. Teoría y práctica*. 1a. ed., México, Editorial Porrúa, 2004, p 23.

Así, tenemos que el mercado relevante se compone de una dimensión del producto y de una dimensión geográfica. Por lo que hace al primero, consiste en identificar los bienes o servicios iguales o similares que compiten y son sustitutos entre sí, de modo que, ante un alza en los precios de un bien o servicio, un demandante optará por consumir un bien o servicio igual o similar. Por ejemplo, un consumidor podría considerar como un bien igual o similar -y por lo tanto sustitutos entre sí- el refresco sabor cola marca “*Coca Cola*” y su competidor directo “*Pepsi*”, mientras que ante la falta de estos podría considerar un refresco de otro sabor como el “*Dr. Pepper*”, o incluso el agua mineral (p.ej. “*Topo Chico*”), pero una bebida alcohólica o un té no serían sustitutos del refresco “*Coca Cola*”. Así, la definición del mercado relevante en su dimensión producto requiere analizar el grado de sustituibilidad entre diversos bienes y servicios y considerar esta sustitución desde la perspectiva de la oferta y demanda agregadas.

Respecto de la dimensión geográfica, consiste en determinar el área territorial en la que se ofrecen tales bienes o servicios, de modo que se consideran las posibilidades de sustitución del producto en cierta área geográfica. Es decir, es necesario analizar en qué medida, la distancia limita las posibilidades de los demandantes de los bienes o servicios para sustituir el producto relevante.

Finalmente, de lo expuesto se concluye que el mercado relevante es el conjunto de bienes o servicios que resultan sustitutos entre sí por el lado de los oferentes y por el lado de los demandantes. Dicho análisis de sustitución se determina por su dimensión producto (esto es, los bienes iguales o similares y el tiempo que se requiere para conseguirlo) y por su dimensión geográfica (esto es, las posibilidades del consumidor para obtener dichos bienes o servicios dentro de un espacio geográfico determinado). En ese tenor, la definición del mercado relevante compete a cada autoridad de competencia económica y su determinación se realiza de manera casuística conforme al procedimiento que esté tramitando.

4. Poder de mercado y poder sustancial en el mercado relevante

Como se expuso en las secciones anteriores, la sanción de una práctica monopólica requiere que se configure alguna de las conductas establecidas en la fracción XI del artículo 56 de la LFCE y que el agente económico que comete la práctica abuse o adquiera poder sustancial en el mercado relevante a efecto de perjudicar a diverso(s) agente(s) económico(s). Para tales efectos, es necesario entender el concepto de poder de mercado y lo que implica ostentar el poder sustancial en el mercado relevante donde se comete la práctica monopólica relativa.

Ahora bien, Motta define el poder de mercado como:¹³⁴

(...) la capacidad que tiene una empresa para aumentar los precios por encima de un cierto nivel competitivo, o precio de referencia, de manera rentable. Puesto que el precio más bajo posible que una empresa puede cobrar de manera rentable es un precio igual al costo marginal de producción, el poder de mercado por lo general se define como la diferencia entre los precios que cobra una empresa y sus costos marginales de producción.

Puesto que el poder de mercado se refiere a la capacidad de las empresas para fijar precios por encima de los costos marginales, esperamos que las empresas tengan un cierto grado de poder de mercado en el mundo real [entre otras cosas porque si tuvieran cero beneficios no podrían cubrir sus costos fijos], con un monopolista incontestable gozando del más alto poder de mercado posible.

Conforme a lo expuesto, puede entenderse que el poder de mercado, en términos burdos, es el poder de negociación con el que cuenta un agente económico para fijar precios por encima de sus costos marginales de producción; a mayor poder de mercado, mayor probabilidad de que quien ostenta dicho poder sea un agente económico del tipo monopolístico incontestable.

Ahora bien, el artículo 59 de la LFCE establece los criterios a considerar para determinar que uno o varios agentes económicos (de manera individual o conjunta) ostentan poder sustancial en el mercado relevante donde se comete la práctica.¹³⁵ Del contenido del referido artículo, así como de la definición de poder de mercado, se advierte que los elementos para determinar la existencia de poder sustancial en el mercado relevante deben considerar la capacidad de fijar precios, o restringir el abasto de bienes o servicio sin que los competidores puedan contrarrestar dicho poder de mercado; la existencia de barreras

¹³⁴ Motta Massimo, *Política de competencia. Teoría y práctica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018, p. 70.

¹³⁵ Artículo 59 de la LFCE. “Para determinar si uno o varios Agentes Económicos tienen poder sustancial en el mercado relevante, o bien, para resolver sobre condiciones de competencia, competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otras cuestiones relativas al proceso de competencia o libre concurrencia a que hacen referencia ésta u otras Leyes, reglamentos o disposiciones administrativas, deberán considerarse los siguientes elementos:

I. Su participación en dicho mercado y si pueden fijar precios o restringir el abasto en el mercado relevante por sí mismos, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder. Para determinar la participación de mercado, la Comisión podrá tener en cuenta indicadores de ventas, número de clientes, capacidad productiva, así como cualquier otro factor que considere pertinente;

II. La existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores;

III. La existencia y poder de sus competidores;

IV. Las posibilidades de acceso del o de los Agentes Económicos y sus competidores a fuentes de insumos;

V. El comportamiento reciente del o los Agentes Económicos que participan en dicho mercado, y

VI. Los demás que se establezcan en las Disposiciones Regulatorias, así como los criterios técnicos que para tal efecto emita la Comisión.”

a la entrada al mercado, la existencia y el poder de mercado de los competidores, las posibilidades de los agentes para acceder a los insumos necesarios para la provisión de sus bienes o servicios, el comportamiento reciente de los participantes en el mercado, y otros elementos que las autoridades de competencia determinen.

Debido al objeto y alcance de la presente investigación, no se expondrán los elementos adicionales que las autoridades de competencia han utilizado para determinar poder sustancial, únicamente se precisa que, al igual que la definición del mercado relevante, la determinación del poder sustancial se realiza de manera casuística.

En resumidas cuentas, se advierte que los elementos para determinar la existencia de poder sustancial en el mercado relevante implican que las autoridades de competencia identifiquen el poder de mercado que cada agente económico ostenta y si existe algún agente económico que de forma individual o conjunta, pueda unilateralmente fijar precios, por encima del precio de mercado, o restringir la cantidad ofertada o demandada de algún bien o servicio, en una cantidad distinta al punto de equilibrio entre la oferta y la demanda agregadas en un mercado, sin que el resto de los competidores puedan contrarrestar dicho poder.

Capítulo III. El *sham litigation* como una práctica monopólica relativa

1. Teoría económica del *sham litigation*

Ahora bien, como se estableció en capítulos anteriores, el abuso de procedimientos administrativos o judiciales puede constituir una práctica predatoria orientada a aumentar los costos de los (potenciales) competidores por encima del precio de mercado con el objetivo de disuadirlos de entrar o forzarlos a salir del mercado.

La doctrina de competencia económica ha reconocido las prácticas predatorias basadas en costos como una herramienta anticompetitiva que merece particular atención. Por ejemplo, Bork resaltó la efectividad del *sham litigation* como una herramienta enfocada en aumentar los costos del rival pues sostiene que los costos del litigio suelen ser mayores para la empresa que pretende entrar al mercado. Tales costos no sólo deben incluir honorarios de abogados y costos legales, sino el costo de oportunidad, por ejemplo, el tiempo invertido y la interrupción del equipo operativo de la empresa accionante para dedicar tiempo y atención al litigio. Bajo esta perspectiva, el accionante -quien generalmente suele ser una empresa incumbente o con poder en el mercado- puede imponer costos iguales o mayores a la empresa rival. Mientras que la empresa depredadora está mejor preparada para enfrentar estos costos, la entrante correrá riesgos y costos no previstos originalmente. Incluso, la depredación no requiere que el juicio o recurso administrativo ejercido resulte victorioso puesto que basta con retrasar la entrada del competidor para que ésta resulte una forma predatoria atractiva.¹³⁶

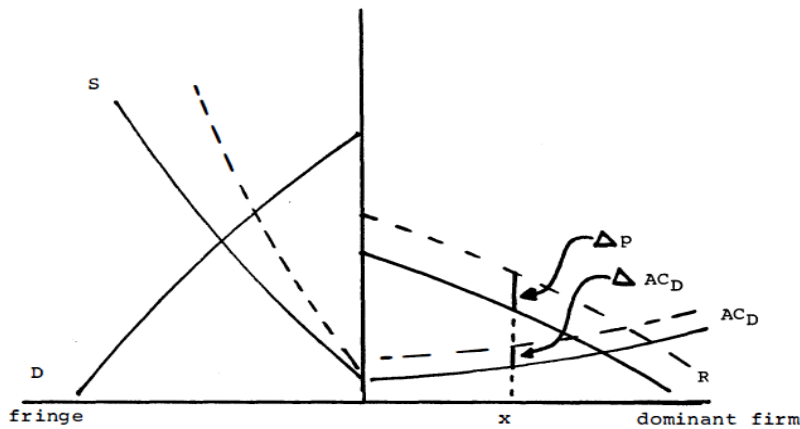
Al respecto, la *FTC* ha reconocido la relevancia de esta práctica predatoria desde hace varios años pues ha emitido documentos del trabajo al respecto. Salop y Scheffman realizaron un análisis económico de diversas estrategias enfocadas a aumentar los costos de los rivales con fines anticompetitivos (pues consiste en una estrategia excluyente al pretender impedir la entrada o forzar la salida de los competidores) e incluso señalaron que, desde una perspectiva de optimización, la estrategia predatoria basada en costos suele ser más eficiente que una estrategia predatoria basadas en precios. Particularmente, señala que es mejor competir contra empresas que tienen altos costos en comparación con las que operan con menos costos; incluso si la estrategia no provoca la salida del competidor, puede ser redituable aumentar sus costos; además, a diferencia de la depredación basada en precios, el accionante no requiere sacrificar ganancias en el corto plazo para recuperarlas en el mediano y largo plazo mediante la fijación de un precio monopólico una vez que se excluye al competidor del mercado;

¹³⁶ Bork, Robert H, *The Antitrust Paradox A policy at war with itself*, New York, Free Press, 1993. pp. 347 y 348.

además, la instauración de la estrategia predatoria basada en costos de una empresa dominante es relativamente barata.¹³⁷

En ese tenor, la *FTC* identificó tres condiciones esenciales de una estrategia de carácter excluyente, a saber; la ganancia del agente que comete la práctica; el daño al competidor y al bienestar del consumidor y el efecto anticompetitivo. En términos cuantitativos, el análisis económico de la práctica debe considerar el cambio en los costos promedio del agente que comete la práctica (ΔAC_D) en función de los costos marginales del competidor (S) y considerar el cambio en el precio del bien o servicio (Δp) (y consecuentemente, en la elasticidad de la demanda).

Figura 1.



Fuente: *Raising Rivals' Costs*, Salop, Steven C., Scheffman, David T. American Economic Review, May 1983, Bureau of Economics, Federal Trade Commission, p 10.

A manera ejemplificativa, se destaca el análisis económico de Williamson sobre los efectos del caso Pennington, donde concluyó que el acuerdo generalizado a nivel industria para fijar sueldos de los trabajadores puede constituir una barrera a la entrada para los nuevos competidores.¹³⁸

A más de lo anterior, Klein -miembro del *Bureau of Economics* de la *FTC*- resaltó que es más probable que un litigio tenga fines predatorios si el accionante tiene una posición dominante en el mercado; si el demandado es un nuevo o potencial entrante o bien un competidor actual; y si el efecto de la acción es

¹³⁷ Scheffman, Steven C., Salop, David T., *Raising Rivals' Costs*, American Economic Review, Bureau of Economics, Federal Trade Commission, 1983.

¹³⁸ Williamson, Oliver E., *Wage rates as a barrier to entry: The Pennington Case in perspective*, The Quarterly Journal of Economics Vol. 82, No. 1, Oxford, Oxford University Press, pp. 85-116, 1968.

el impedir o retrasar la entrada o expansión del demandado, o bien, causar su salida del mercado.¹³⁹ En ese tenor, el autor refiere que el litigio puede ser legítimo, estratégico o fraudulento y estos dos últimos casos pueden consistir en fines anticompetitivos. Al respecto, precisa que la acción se puede ejercer para forzar la salida del competidor, prevenir la entrada o incluso la expansión de competidores actuales o potenciales y que la acción no se ejerce porque se espere el éxito en los méritos de la acción, sino que se busca un daño colateral o fraudulento de carácter anticompetitivo y que, como consecuencia, eleva el precio del mercado.

Ahora bien, probablemente la aportación más interesante del trabajo de Klein consistió en recopilar y analizar estadísticamente 117 contrademandas por la probable violación a la *Sherman Act*. A continuación, se transcribe una tabla de Klein con información descriptiva sobre las generalidades de los referidos casos:¹⁴⁰

<i>Características económicas de los casos de Sham Litigation</i>	
<i>Característica</i>	<i>Porcentaje de casos</i>
<i>(Número de casos 117)</i>	
<i>Sector (116)</i>	
<i>Electricidad</i>	6.9
<i>Servicios médicos</i>	5.2
<i>Telecomunicaciones</i>	6.9
<i>Banca</i>	2.6
<i>Construcción</i>	6.0
<i>Manufactura</i>	26.1
<i>Servicios</i>	11.2
<i>Otros</i>	39.6
<i>Relación entre depredador y depredado (117)</i>	
<i>Competidor/Competidor</i>	32.5
<i>Entrante/Competidor</i>	20.5
<i>Competidor/Conspirador</i>	21.3
<i>Entrante/Conspirador</i>	10.3
<i>Entrante/Entrante</i>	1.7
<i>Competidor/Entrante</i>	2.5
<i>Proveedor/Cliente</i>	7.7
<i>Cliente/Proveedor</i>	23.1

¹³⁹ Klein, Christopher, C. *The economics of sham litigation: theory, cases and policy*. Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission, 1989, p 14.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 48 y 49.

Características económicas de los casos de Sham Litigation	
<i>El depredado vende bien complementario</i>	5.1
<i>El depredador vende bien complementario</i>	18.0
<i>Sin relación</i>	7.7
Materia (116 casos)	
<i>Patentes</i>	6.9
<i>Marca comercial</i>	6.9
<i>Derechos de autor</i>	4.3
<i>Secreto industrial</i>	8.6
<i>Regulación ambiental</i>	1.7
<i>Regulación de precios</i>	12.9
<i>Restricciones a la entrada</i>	31.0
<i>Contratos laborales</i>	5.2
<i>Otros contratos</i>	8.6
<i>Interconexión</i>	10.3
<i>Competencia económica</i>	7.7
<i>Otros</i>	24.1
Efecto anticompetitivo alegado (115 casos)	
<i>Previno la entrada/crecimiento del depredado</i>	25.2
<i>Retrasó la entrada/crecimiento del depredado</i>	16.5
<i>El depredado salió del mercado</i>	7.0
<i>El depredado perdió ventas</i>	12.2
<i>Los costos del depredado aumentaron</i>	12.2
<i>Se impusieron costos de litigio</i>	63.5

Como se advierte de la información estadística expuesta, el *sham litigation* es una práctica que se manifiesta en diversos sectores, materias, autoridades, entre diversos agentes económicos y respecto de los cuales se advierten posibles efectos anticompetitivos. Así las cosas, Klein propone un estándar económico para identificar el *sham litigation*, a saber; que las partes sean competidores actuales o potenciales, y que las acciones ejercidas probablemente incrementen el precio de mercado o reduzcan la cantidad del bien o servicio en cuestión. En ese tenor, Klein concluye que este test económico es compatible con el test que se ha desarrollado en los tribunales. “1) *The parties to the alleged sham act actually or potentially compete.* 2) *The alleged sham acts are likely to raise market price or reduce the market quantity of the relevant product.* (...) *The economic characteristics, fraud, and pursuit of a*

collateral goal seem to contain all those tests for sham litigation suggested by legal commentators and the courts which are compatible with the economics of sham litigation.”¹⁴¹

Sin embargo, años más tarde la *FTC* emitió un nuevo documento de trabajo en el que reconsideró los alcances de las estrategias predatorias basadas en costos al integrar al análisis los efectos de la práctica en los mercados aguas arriba y aguas abajo puesto que consideró que, si bien a nivel teórico, la práctica podría ser efectiva, en la práctica podría no serlo.¹⁴² Particularmente, señaló que deben cumplirse tres condiciones; primero es necesario que la empresa o empresas tengan especiales ventajas de costos de modo que sean lo suficientemente significativos para que la estrategia sea provechosa; segundo, deben existir barreras a la entrada que no permitan que las tecnologías de bajo costo sean fácilmente replicables, y tercero que los costos de la exclusión en el mercado aguas arriba, no puede ser tan grande como para disipar la totalidad de los ingresos o beneficios, puesto que de serlo, cometer la conducta ya no sería redituable.¹⁴³

Por su parte, Hviid y Olczak han identificado que esta estrategia predatoria puede manifestarse en diversos sectores, lo cual justifica su análisis económico como una práctica anticompetitiva.¹⁴⁴ Lo anterior, refuerza las proposiciones de Bork y de Motta respecto a que la comisión de prácticas predatorias basadas en costos suelen ser eficientes y más eficaces que la depredación basada en precios puesto que, pese a las particularidades de cada sector, elevar los costos del rival sigue siendo una estrategia anticompetitiva óptima.

Ahora bien, Lianos y Regibeau propusieron desde un análisis de teoría de juegos, la tipología del *sham litigation*.¹⁴⁵ Para ellos, la conducta se configura únicamente en el entendido que el accionante al iniciar

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 71.

¹⁴² B. Coate Malcolm y N. Kleit Andrew, *Exclusion, collusion and confusion: the limits of raising rivals costs*, working paper no. 179, Washington DC, *Federal Trade Commission*, 1990. Los autores lo refieren en su abstract: “*It appears that while “Raising Rivals’ Costs” is a theoretically valid method of achieving an anticompetitive effect on price, its practical uses are extremely limited.*”

¹⁴³ *Ibidem*, pp 24 y 25.

¹⁴⁴ *Raising Rivals’ Fixed Costs*, Hviid, Morten and Olczak, Matthew, *International Journal of the Economics of Business*, 2016, Vol. 23, No. 1, p 34: “*Furthermore, the strategies could be employed in a range of sectors, ensuring their economic relevance. Regulation is particularly relevant in industries where health and safety or environmental concerns are important. Vexations regulation is often linked to the use of intellectual property protection and hence relates particularly to the pharmaceutical industry and other heavy users of patent protection. Raising the costs of specialised inputs is particularly relevant in sports, but can also be expected in industries where talent is key, such as software development. Slotting allowances are particularly found in large format retailing such as supermarkets. Finally, some of the advertising strategies affect manufacturers of convenience goods.*”

¹⁴⁵ Lianos, Ioannis, Regibeau, Pierre, “*Sham” Litigation: When can it arise and how can it be reduced?* *The Antitrust Bulletin*, vol. 62, 2017.

el procedimiento administrativo o judicial recibe algún beneficio adicional al que obtenga con motivo del fallo de la autoridad competente. Este beneficio adicional tiene la característica del *sham litigation* y el accionante no hubiera iniciado el procedimiento administrativo o judicial en su ausencia (*sham benefits*).¹⁴⁶ La referida dimensión de análisis conlleva diferencias prácticas al analizar la conducta, puesto que el *sham litigation* puede tener un carácter predatorio, colusivo o parasítico. Bajo esta premisa, proponen dos criterios para entender el *sham litigation*. Respecto al primer criterio, deben identificarse quiénes incurren en los costos y quiénes reciben los beneficios del litigio. El segundo criterio consiste en determinar si la demandada recibe *sham benefits*. La propuesta puede ilustrarse de la manera siguiente:

Figura 3

	Absent Sham Pay-offs, Defendant Prefers not to Litigate	
	With Sham Pay-offs Defendant Prefers not to Litigate	With Sham Pay-offs Defendant Prefers to Litigate
Sham Benefits/Costs to Plaintiff Only	Parasitic Sham	NA
Sham Benefits to Both Parties	NA	Collusive Sham
Sham Benefits to Plaintiff Sham Costs to Defendant	(Potentially) Predatory Sham	NA

Fuente: Lianos, Ioannis, Regibeau, Pierre, “*Sham*” Litigation: When can it arise and how can it be reduced? The Antitrust Bulletin, 2017, vol. 62, p 26.

De acuerdo con los autores, hay tres escenarios posibles para considerar el litigio como un *sham*; 1) si la parte actora recibe *sham benefits* e incurre en los costos del litigio y la demandada no percibe costos del *sham* pero el litigio reduce sus ganancias totales, es de tipo parasítico; 2) si la parte actora recibe *sham benefits*, la demandada percibe costos del *sham* y el litigio reduce sus ganancias totales, es de tipo

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 667.

predatorio y 3) si ambas partes en el litigio reciben beneficios del *sham* es de tipo colusivo. A manera ejemplificativa, los autores señalan que el tercer escenario puede actualizarse si ambas partes reciben beneficios reputacionales que sirvan como disuasorios para otros competidores actuales o potenciales.

Para Lianos y Regibeau, la distinción entre los tipos de *sham* tiene utilidad práctica puesto que, pese a que el comportamiento puede diferir, es posible encontrar elementos en común e incluso, conforme al marco de referencia que proponen, varias acciones iniciadas no serían susceptibles de ser consideradas *sham litigation*. Además, los autores proponen que el tratamiento de la autoridad a los tipos de *sham* debe ser diverso (p.e. de tipo punitivo o regulatorio).¹⁴⁷ Pese a lo anterior, parece que la propuesta de los autores es limitada puesto que no contempla otras variables que -conforme al primer capítulo del presente trabajo- podrían actualizar los elementos objetivo y subjetivo para configurar *sham litigation* como lo es la presentación de multiplicidad de acciones, la reconvención de una demanda sin una base objetiva, o la intención de impedir la entrada o bien de propiciar la salida de un competidor actual o potencial.

Expuesto lo anterior, se advierte que, desde la teoría económica, el *sham litigation* constituye una práctica predatoria basada en costos que suele ser más eficiente y eficaz que las prácticas dilatorias basadas en precios puesto que por un lado, permite impedir la entrada, retrasarle o propiciar la salida de un competidor actual o potencial y por otro lado, le impone costos ineludibles que obligan a aumentar los precios del bien o servicio. Si bien, el agente económico que comete la práctica también incurre en costos asociados al litigio o procedimiento, quien comete la conducta suele ser el incumbente o bien, un agente que cuenta con poder sustancial y suele encontrarse en mejores condiciones que la contraparte para hacer frente a esos costos.

2. Configuración del *sham litigation* como una práctica monopólica relativa

Una vez expuesta la teoría económica de las prácticas dilatorias basadas en costos y particularmente del *sham litigation*, es posible analizar la configuración de la conducta.

Ahora bien, como se expuso en el capítulo II del presente, para configurar una práctica monopólica relativa, es necesario realizar un análisis casuístico que acuda a la “regla de la razón” y que, a grandes rasgos, implica forzosamente configurar las tres fracciones del artículo 54 de la LFCE. Así las cosas, se considera que el acto, contrato, convenio, procedimiento o combinación de alguno de los elementos anteriores pueden constituir una práctica monopólica relativa siempre y cuando concurran los siguientes

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 688.

requisitos: 1) actualice alguna de las conductas previstas en la fracción I del artículo 56 de la LFCE; 2) sea cometido por uno o varios agentes económicos que detenten poder sustancial en el mercado relevante en que cometen la práctica; y 3) que tenga o pueda tener como objeto o efecto desplazar o impedirle el acceso a diversos agentes económicos o bien, establecer ventajas exclusiva en favor de uno o varios agentes económicos.

Debido al objeto y alcance del presente trabajo de investigación -el planteamiento hipotético que la conducta conocida como *sham litigation*, puede constituir una práctica monopólica relativa- así como la naturaleza casuística de la actualización de las fracciones II y III de artículo 54 de la LFCE y el complejo análisis económico que implica analizar las referidas fracciones II y III, incluso en un caso hipotético, en la presente sección únicamente se presenta un ejemplo de cómo el *sham litigation* actualiza al tipo normativo previsto en la fracción XI del artículo 56 de la LFCE y, en ese sentido, es susceptible de considerarse una práctica monopólica relativa.

Como se expuso en capítulos anteriores, en algunas jurisdicciones sí se define el *sham litigation* como competencia desleal de carácter anticompetitivo, pero en el caso de México, la LFCE no lo define. Pese a ello, es posible entender la racionalidad económica y anticompetitiva del *sham litigation* y encuadrarla en la fracción XI del artículo 56 de la LFCE, la cual fue redactada de forma genérica.

Ahora bien, la referida fracción es del tenor siguiente: “*La acción de uno o varios Agentes Económicos cuyo objeto o efecto, directo o indirecto, sea incrementar los costos u obstaculizar el proceso productivo o reducir la demanda que enfrentan otro u otros Agentes Económicos*”. En ese sentido, el *sham litigation* puede constituir una herramienta anticompetitiva.

En primer lugar, recordemos que tanto por el contenido de la fracción III del artículo 54 de la LFCE, como por la misma fracción IX del diverso 56, la conducta debe tener el objeto o efecto anticompetitivo. Lo anterior es consistente con el estándar que diversas jurisdicciones han desarrollado para calificar la instauración de uno o varios procedimientos administrativos o judiciales como un *sham*.

Como se expuso en el primer capítulo, el elemento objetivo refiere a que la acción carezca de una mínima base legítima para su ejercicio y es necesario aclarar que el estándar es muy bajo; basta con acreditar que del ejercicio de la acción “cualquier litigante razonable podría esperar obtener mérito en sus pretensiones”. Por lo que hace al elemento subjetivo, se refiere a la intencionalidad anticompetitiva del accionante, consistente en ejercer la acción con el propósito de impedir la entrada o desplazar a algún competidor actual o potencial.

A partir de esas premisas, se sostiene que, si la acción cuenta con una base objetiva, considerar que ésta oculta una intención anticompetitiva es un aspecto secundario al principal; determinar si el accionante es el titular de un derecho jurídicamente tutelable, o que al menos, no se advierte que el ejercicio de su acción sea a todas luces una farsa. Por lo que hace al efecto anticompetitivo, es razonable sostener que el efecto del ejercicio de la acción -en su calidad de accesorio a lo principal (la acción ejercida)- tampoco podría tener un efecto anticompetitivo o si lo tiene, éste sería accidental y colateral a la legítima defensa de un derecho respecto del cual el accionante se considera su titular, por lo que se presentaría un aparente conflicto entre dos bienes jurídicos (el derecho de petición y el derecho a la competencia y libre concurrencia) y el derecho de petición se impondría en tanto la acción no sea objetivamente infundada. No sobra recordar que -como se expuso en el primer capítulo- se advierte que diversas jurisdicciones, de origen, parecen privilegiar el derecho de petición (p.e. la regla de inmunidad) y sólo en circunstancias excepcionales consideran que su ejercicio debe sujetarse a un análisis de competencia económica. En el siguiente capítulo se problematizará sobre el aparente conflicto entre los bienes jurídicos señalados.

En segundo lugar, la siguiente porción normativa de la fracción XI establece que la conducta debe tener como objeto o efecto incrementar los costos, obstaculizar el proceso productivo, o reducir la demanda que enfrentan uno o varios agentes económicos.

Sobre el primer supuesto, el ejercicio de la acción impone costos a la parte actora y a la contraparte, los cuales son ineludibles. Tales costos son de diversa naturaleza, principalmente monetarios, de tiempo o de recursos humanos y pueden categorizarse como costos de litigio, costos de transacción, costos de oportunidad, costos hundidos, entre otros. Como se expuso, generalmente el agente que comete la conducta está mejor preparado para enfrentar tales costos por ser el incumbente o por contar con poder sustancial en el mercado donde comete la práctica, mientras que la contraparte cuenta con pocos o nulos recursos para contrarrestar las acciones del agente que comete la práctica.

A manera de ejemplo, supongamos un escenario donde el sector energético de un país abolió recientemente el estanco. Por un lado, tenemos a una empresa que era del Estado, ahora es de participación estatal mayoritaria, es incumbente, está verticalmente integrada, participa -a través de múltiples subsidiarias- en la producción, distribución y comercialización de diversos bienes y servicios relacionados con los hidrocarburos y los petroquímicos y cuenta con poder sustancial en cada uno de los eslabones de la cadena de valor asociada a los hidrocarburos y petroquímicos (en lo sucesivo, incumbente). Por otro lado, tenemos a una empresa que participa en el mercado de distribución y comercialización de alimentos y bebidas al menudeo y pretende participar como un nuevo competidor

en los eslabones de la distribución y comercialización de gasolina, diesel y gas licuado (en lo sucesivo, empresa B). Además, estructuralmente se advierte la existencia de regulación impuesta a la incumbente para crear un mercado mayorista que obligue al incumbente a ofrecer sus bienes y servicios en términos no discriminatorios a cualquier empresa que decida competir en la distribución y comercialización. En ese escenario, empresa B analiza sus posibilidades para entrar al mercado y estructura un modelo de negocio mediante el cual pretende comprarle a la incumbente gasolina y gas licuado a precios mayoristas. La empresa B estudió el nuevo proyecto durante dos años; realizó diversos estudios de factibilidad y proyecciones de ventas y concluyó que si aprovecha la regulación, su amplia cobertura en el territorio nacional a través de sus tiendas de conveniencia, el reconocimiento de su marca y que ya cuenta con una sólida red de distribución, puede competir en el corto plazo para adquirir o construir gasolineras y ofrecer gasolina y diesel, así como distribuir gas a diversas localidades en prácticamente todo el territorio nacional y, a mediano plazo, producirlo a través de la construcción de varias fábricas ubicadas estratégicamente.

Así las cosas, la incumbente y la empresa B celebran un contrato de venta y abastecimiento de gasolina y gas licuado y en poco tiempo, empresa B inicia operaciones y prepara la construcción de su primera fábrica. Sin embargo, a dos meses de la relación contractual, la incumbente -a través de cada una de sus sociedades subsidiarias- demanda y denuncia por distintas vías a empresa B. Primero, demanda la rescisión por un supuesto incumplimiento de contrato. Enseguida, presenta una acción de tipo “*cease & desist*” ante la autoridad de propiedad intelectual alegando que el logo de la marca de empresa B es un plagio a su marca. Finalmente, la incumbente remata interponiendo diversos recursos ante múltiples autoridades municipales, estatales y federales y sobre diversas materias como administrativa y ambiental alegando que la construcción de la fábrica de empresa B se está realizando de manera ilegal.

Conforme al escenario planteado, se actualiza el primer supuesto de la fracción XI del artículo 56 de la LFCE puesto que empresa B forzosamente incurrirá en costos de diversos tipos. Por un lado, su recientemente creado y relativamente pequeño equipo jurídico de la división de energéticos incurrirá en costos de transacción asociados con defenderse ante el intento de la incumbente para rescindir su relación contractual; además, dada su alta complejidad técnica, incurrirá en costos monetarios para contratar un despacho de abogados especializados en propiedad ambiental y derecho ambiental para que lleven esos procedimientos. Además, los recursos administrativos ante las autoridades municipales y estatales obligan a la empresa B a suspender la construcción de la fábrica mientras se resuelven, generando retrasos en la entrada de empresa B al mercado de producción.

Ahora bien, retomemos el segundo supuesto de la fracción XI del artículo 56 de la LFCE y, por fines didácticos, también el escenario anterior. Las acciones ejercidas por la incumbente obstaculizan el proceso productivo. Como se estableció, los procedimientos administrativos y ambientales tienen efectos suspensivos que detienen la construcción de la fábrica y dicha situación persiste desde durante un año, pero empresa B logró defenderse en cada uno de ellos e incluso logró que varios de los procedimientos se desecharan al ser notoriamente improcedentes. Sin embargo, supongamos que cada una de las subsidiarias de la incumbente interponen amparos con efectos suspensivos que pretenden impedir la construcción la fábrica de la empresa B. Durante los juicios de amparo -con sus respectivas revisiones y medios de impugnación- las autoridades jurisdiccionales decidieron conceder la suspensión definitiva de los actos reclamados hasta que el asunto se resuelva, por lo que la construcción de la fábrica se atrasa otro año y medio y consecuentemente la incumbente obstaculiza el proceso productivo.

Por lo que hace al tercer supuesto de la referida fracción XI, consistente en reducir la demanda que enfrentan otros agentes económicos supongamos que la incumbente y la empresa B resuelven el problema de la rescisión al contrato de compraventa y abastecimiento de gasolina y gas licuado, sin embargo el incumbente decide interponer diversas denuncias ante autoridades locales para que éstas clausuren la operación de las estaciones gasolineras y cierren las bodegas donde empresa B almacena sus tanques de gas e hidrocarburos. Dichas acciones, tienen como consecuencia reducir la demanda que enfrenta la empresa B toda vez que limita la cantidad de bienes que puede ofrecer a los consumidores.

Así las cosas, es posible concluir que del estándar para identificar un *sham litigation*; del análisis económico de la conducta como una táctica predatoria basada en costos; y del ejemplo hipotético expuesto, es posible configurar dicha conducta en términos de la fracción XI del artículo 56 de la LFCE y, por lo tanto, considerarla anticompetitiva.

Ahora bien, como es posible advertir de la lectura del primer capítulo y del presente, el estándar para determinar la existencia del *sham litigation* debe ser riguroso e incluso restrictivo. Lo anterior es así puesto que tanto las autoridades de competencia, como las administrativas y judiciales, e incluso los particulares han reconocido que la interposición de la acción o conjunto de acciones también debe entenderse ejercida, al menos hasta demostrar lo contrario, como parte del ejercicio del derecho de petición del que cualquier particular goza. En ese sentido, en el capítulo siguiente se problematizará al respecto.

Capítulo IV. El falso dilema del *sham litigation*

1. ¿Bienes jurídicos en conflicto?

En el presente capítulo se expondrá, en primer lugar, un marco teórico de referencia sobre el conflictivismo normativo. Posteriormente, se expondrán diversas figuras del sistema jurídico mexicano que servirán como referencia para aclarar que el ejercicio de acciones que pueden configurar un *sham litigation*, no son jurídicamente tutelables y que nuestro sistema jurídico las considera ilícitas e incluso sancionables. Finalmente, considerando lo expuesto en el presente trabajo de investigación, se propondrá un test para analizar la configuración del *sham litigation*.

Como se ha expuesto en capítulos anteriores, el *sham litigation* puede implicar el conflicto entre dos derechos constitucionales; por un lado, el derecho de petición y por otro lado el derecho a la competencia y libre concurrencia. Sin embargo, en el presente capítulo se sostiene que dicho conflicto únicamente es aparente puesto que el *sham litigation* no puede entenderse definido dentro del alcance del derecho de petición y, por lo tanto, no puede existir un conflicto normativo donde los juzgadores o autoridades administrativas deban privilegiar un bien jurídico sobre el otro. En ese tenor, es necesario aclarar la forma en que los derechos constitucionales se delimitan.

Al respecto, a dicho de Nogueira, es esencial delimitar el contenido de un derecho a efecto de reconocer cuando éste se limita y analizar si dicha limitación es constitucional. Al respecto, el autor señala que dicha delimitación la realiza el constituyente al fijar el contenido y las fronteras del derecho. El constituyente fija el núcleo indisponible del derecho, sin perjuicio de que otras normas puedan complementar el contenido esencial del derecho si el constituyente así lo permite.¹⁴⁸

Además, Nogueira aclara que los derechos operan en su ámbito propio, de modo que no puede invocarse un derecho para incumplir deberes y obligaciones de normas jurídicas que regulan otras materias en sus respectivos ámbitos de aplicación. En ese tenor, el autor concluye que para existen límites internos y externos para delimitar el contenido de un derecho constitucional; los internos son los supuestos de delimitación propiamente constitucional que fija el alcance y contenido del derechos, mientras que los límites externos están dados por normas de carácter infraconstitucional que modifican algunos de los

¹⁴⁸ Nogueira Alcalá Humberto, *La delimitación del contenido de los derechos, los límites y la regulación de los derechos*, Revista *Ius et Praxis*, 11 (2): 15-64, 2005, p. 245.

elementos configuradores de los derechos como lo son su titular, destinatario u objeto, como consecuencia de una norma competencial prevista en el texto constitucional.¹⁴⁹

Aunado a lo anterior, Nogueira señala que los derechos tienen límites formales y materiales y que el ejercicio de un derecho tiene como límite el legítimo ejercicio del derecho de otro. Dicha postura implica reconocer cierta preferencia de derechos sobre otros, como si en el sistema jurídico se aceptara la existencia de una jerarquía interna entre los derechos reconocidos en el sistema jurídico.¹⁵⁰

Ahora bien, en la misma línea del conflictivismo normativo, Castillo señala que dicha postura cuenta con dos mecanismos de solución de conflictos, por un lado, la jerarquización y por otro lado la ponderación de derechos. Respecto al primer método, la jerarquización es más bien general y abstracta, mientras que la ponderación implica determinar cuál derecho se privilegia en un caso concreto recurriendo al llamado test de proporcionalidad.¹⁵¹ No obstante, Castillo critica que la postura conflictivista, independientemente de si se recurre a la jerarquización o a la ponderación de derechos, implica reconocer que existan derechos de primera y segunda categoría puesto que se privilegian algunos sobre otros lo cual termina legitimando afectaciones al contenido de los derechos fundamentales.¹⁵²

Concretamente, Castillo concluye que las posiciones conflictivistas conducen a que algunos derechos fundamentales queden desplazados para permitir la vigencia de otros y producen una serie de perjuicios. Por tales motivos, Castillo sugiere interpretaciones normativas que permitan una vigencia conjunta y armoniosa de los derechos fundamentales.¹⁵³ Al respecto, aclara y coincide con Serna y Toller en el sentido de que el conflicto normativo en realidad es aparente en un nivel abstracto, puesto que, en concreto, el conflicto radica en las pretensiones, tanto sustantivas como procesales, de aquellos que se consideran titulares de tales derechos.¹⁵⁴

A más de lo anterior, el autor reconoce el principio de hermenéutica constitucional a efecto de procurar que la interpretación constitucional no lleve a una contradicción entre sus normas. En ese tenor, Castillo señalara que la interpretación constitucional debe ser sistemática de modo que no pueden existir normas

¹⁴⁹ *Ibidem*, pp. 246 y 247.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 253.

¹⁵¹ Castillo Córdova Luis Fernando, ¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales? Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 12, enero-junio, p. 1, 2005.

¹⁵² *Ibidem*, p. 3.

¹⁵³ *Idem*.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 8.

contradictorias en nuestro sistema jurídico y, por lo tanto, cualquier conflicto normativo es únicamente aparente, siendo posible la armonización de las diversas realidades jurídicas.¹⁵⁵

Ahora bien, Castillo coincide con Nogueira en el sentido de que la delimitación constitucional del contenido de los derechos fundamentales es esencial para resolver las controversias entre pretensiones. Para Castillo, el contenido constitucional de los derechos no puede formularse de forma abstracta y al margen del caso concreto; al contrario, es necesario en cada caso concreto ir definiendo los alcances del derecho en cuestión con el fin de determinar si el acto o hecho se encuentra dentro o fuera del parámetro constitucional. Así las cosas, el autor considera que la delimitación del contenido de los derechos constitucionales debe hacerse tomando en cuenta la naturaleza compleja y unitaria del hombre; la consideración armónica y sistemática del texto constitucional, y las circunstancias de la controversia en el caso concreto. Para tales efectos, el autor sugiere dos métodos.¹⁵⁶

El primer método corresponde con la naturaleza jurídica y el modo de concebir el derecho y consiste en tratar de relacionar entre el lenguaje normativo y el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los especialistas del derecho como lo que constituye el “contenido esencial” de un derecho subjetivo. El segundo método consiste en identificar los intereses jurídicamente protegidos como núcleo del derecho subjetivo. En ese tenor, se pretende identificar la parte esencial del derecho que le hace real, concreta y efectivamente protegido.¹⁵⁷

Así las cosas, Castillo concluye que los derechos fundamentales deben delimitarse en su contenido esencial, hacia los límites internos, hacia su naturaleza, hacia el bien que pretenden proteger, hacia su finalidad y su ejercicio funcional. Por lo tanto, Castillo concluye que el contenido de los derechos constitucionales implica una labor de definición de los contornos del contenido, antes que una labor de limitación desde fuera que comprima el derecho en cuestión y, por lo tanto, la definición del contenido constitucional de los derechos no necesita de los mecanismos de solución conflictivistas.¹⁵⁸

Así las cosas, y a efecto de acercarnos a la delimitación del contenido del derecho constitucional de petición, en la sección siguiente se expondrán algunas figuras jurídicas del sistema jurídico mexicano

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 108.

¹⁵⁶ *Ibidem*, pp. 109 y 110.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 111.

¹⁵⁸ *Ibidem*, pp. 114 y 115

que pueden servir como referencia para identificar claramente lo que no constituye tal derecho mientras que, en la última sección del presente capítulo, se propone un test para determinar el *sham litigation*.

2. Aproximación al *sham litigation* desde algunas figuras del sistema jurídico

A continuación, se analizan diversas figuras jurídicas previstas en nuestro sistema jurídico, las cuales pueden funcionar como un punto de partida o intermediario para distinguir el ejercicio del derecho de petición del *sham litigation*. En principio, el artículo 17 constitucional dispone el derecho a la tutela judicial efectiva como una garantía que brinda seguridad jurídica, la cual entraña la obligación de los tribunales de impartir justicia bajo ciertos criterios como la imparcialidad y la legalidad.¹⁵⁹

Al respecto, López Ruíz y López Olvera consideran que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende no sólo el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, sino también el derecho a que los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, lo que se conoce como legitimación procesal.¹⁶⁰ No obstante, el derecho en cuestión no implica que la determinación de la autoridad tenga que ser favorable a las pretensiones del actor.

Ahora bien, un requisito del derecho a la tutela judicial efectiva consiste en la legitimación procesal, la cual se puede definir como “*la posibilidad de actuar en el proceso, como actor, como demandado o como tercero, o representando a éstos.*”¹⁶¹

Por su parte, el Poder Judicial ha distinguido entre la legitimación al proceso y a la causa.¹⁶² En cuanto a la legitimación al proceso, señala que se refiere a la capacidad para comparecer a juicio. Respecto de la legitimación en la causa, la define como la identidad del actor con la persona a cuyo favor está la ley. Por lo tanto, el actor estará legitimado al ejercer un derecho que realmente le corresponde.¹⁶³

¹⁵⁹ Artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. “(...) *Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.*”

¹⁶⁰ López Ruíz, Miguel y López Olvera, Miguel Ángel, *Estructura y Estilo en las Resoluciones Judiciales, Suprema Corte de Justicia de la Nación*, 2007, pp. 1 a 2. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/site/acerca-de/normativa-interna/criterios_editoriales.pdf.

¹⁶¹ Pallares, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 2a. ed., México, Porrúa, 1960, p. 467.

¹⁶² **LEGITIMACIÓN PROCESAL ACTIVA. CONCEPTO.** Tesis [A.]: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Séptima Época, tomo IV, Civil P.R. TCC, octubre de 1985, p. 99. Reg. digital 237228.

¹⁶³ **LEGITIMACION PROCESAL Y EN LA CAUSA, DIFERENCIAS.** Tesis [A.]: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, t. XI, mayo de 1993, p. 350. Reg. digital 216391.

Ahora bien, existen supuestos en los que el derecho a la tutela judicial carece de legitimación, carece de cualquier base objetiva para su ejercicio, e incluso, puede ocultar la intención de perjudicar al sujeto pasivo de la acción. Estos supuestos pueden identificarse en figuras como el abuso del derecho, la temeridad y la mala fe.

Al respecto, el artículo 1912 del Código Civil Federal establece que el abuso nace del ejercicio de la acción de un derecho respecto del cual se es titular, sin que exista utilidad en dicho ejercicio, y se realiza con la exclusiva intención de causar un daño a otro. En caso de concurrir tales elementos, es viable reclamar una indemnización por la vía civil.

Dicha figura fue retomada de la doctrina planteada por Bonnacase, quien sostuvo que perjudicar a una tercera persona so pretexto de ejercer un derecho sin que al ejercerlo concurra un interés actual o eventual, sería contrario a la función de armonía o equilibrios sociales inherente a la noción de derecho.¹⁶⁴

En ese tenor, el Poder Judicial de la Federación ha sostenido el abuso del derecho se reduce a su forma psicológica, como el ejercicio de un derecho sin utilidad para su titular, con un fin exclusivamente nocivo que se compone de los cuatro elementos referidos.¹⁶⁵ La configuración de todos los elementos es necesaria para la procedencia de la indemnización. Por ejemplo, es necesario acreditar el elemento subjetivo consistente en la intención de producir el daño¹⁶⁶ e incluso, no puede configurarse la conducta cuando a pesar de la intención de dañar, el ejercicio de la acción beneficia a su promovente.

Ahora bien, los artículos 1084 y 1118 del Código de Comercio hacen referencia a los conceptos de temeridad y mala fe.¹⁶⁷ La temeridad y mala fe son factores para determinar el pago de costas judiciales.

¹⁶⁴ Bonnacase, Julien, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, 5a. ed. trad. de Leonel Pereznieta Castro, México, *Oxford University Press*, 2004, pp. 827 a 828.

¹⁶⁵ **ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR EL EJERCICIO ABUSIVO DE UN DERECHO. SUS ELEMENTOS.** Tesis [A.] V.1o.25 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XVII, febrero de 2003, p. 967. Reg. digital 185014.

¹⁶⁶ **ABUSO DEL DERECHO. PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 1912 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DEBE ACREDITARSE LA INTENCIÓN DE CAUSAR EL DAÑO.** Tesis [A.]: I.9o.C.80 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XVI, julio de 2002, p. 1231. Reg. digital 186700.

¹⁶⁷ Artículos 1084 y 1118 del Código de Comercio. “*Artículo 1084- La condenación en costas se hará cuando así lo prevenga la ley, o cuando a juicio del juez se haya procedido con temeridad o mala fe.*”

(...)

Artículo 1118.- El litigante que hubiere optado por uno de los dos medios de promover una incompetencia, no podrá abandonarlo y recurrir al otro, ni tampoco emplearlos sucesivamente.

En caso de que el litigante hubiere ejercido promociones inconducentes, haya incurrido en falta de veracidad o en actos semejantes encaminados a entorpecer o dilatar el procedimiento, contrarios a la buena fe, se le puede condenar al pago de costas judiciales. Por su parte, el Código Federal de Procedimientos Civiles retoma las figuras de temeridad y mala fe en las acciones colectivas.¹⁶⁸ De la lectura anterior, se advierte que el sistema jurídico faculta a los órganos jurisdiccionales a desechar de plano la demanda o sancionar el comportamiento procesal infundado, frívolo o temerario.

El Poder Judicial ya se ha pronunciado al respecto; la temeridad y la mala fe implican la presentación de promociones inconducentes, conductas que incurren en falta de veracidad o en otros actos semejantes encaminados a entorpecer o dilatar el procedimiento, contrarios a la buena fe.¹⁶⁹ Para determinar si un litigante ha incurrido en temeridad, el Poder Judicial ha señalado que su proceder debe ser con notoria mala fe, malicia notable o litigar sin causa justa de modo que la temeridad o mala fe puede consistir en los actos u omisiones del litigante, incluyendo el ejercicio de las acciones a sabiendas de ser improcedentes; oponerse injustificadamente a una acción; la interposición de recursos o excepciones frívolas o improcedentes con el solo propósito de entorpecer el curso del procedimiento.¹⁷⁰ Dichos elementos guardan ciertas similitudes con el reconocimiento de la ausencia de una base objetiva que justifique el ejercicio de la acción.

En caso de que se declare infundada o improcedente una incompetencia, se aplicará al que la opuso, una sanción pecuniaria equivalente hasta de sesenta días de salario mínimo general vigente de la zona respectiva, en beneficio del colitigante, siempre que se compruebe que el incidente respectivo fue promovido de mala fe.

¹⁶⁸ Artículos 586 y 587 del Código Federal de Procedimientos Civiles. “Artículo 586- La representación a que se refieren las fracciones II y III del artículo anterior, deberá ser adecuada. Se considera representación adecuada:

(...)

III. No promover o haber promovido de manera reiterada acciones difusas, colectivas o individuales homogéneas frívolas o temerarias;

(...)

V. No haberse conducido con impericia, mala fe o negligencia en acciones colectivas previas, en los términos del Código Civil Federal.

(...)

Artículo 587.- La demanda deberá contener:

(...)

El juez resolverá si desecha de plano la demanda en los casos en que la parte actora no desahogue la prevención, no se cumplan los requisitos previstos en este Título, o se trate de pretensiones infundadas, frívolas, o temerarias.

¹⁶⁹ **COSTAS. TEMERIDAD O MALA FE. QUE DEBE ENTENDERSE POR ELLAS.** Tesis [A.]: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Séptima Época, volumen 109-114 cuarta parte, abril de 1978, p. 40. Reg. digital 240981.

¹⁷⁰ **COSTAS. CONCEPTO DE TEMERIDAD O MALA FE PARA DECRETAR SU CONDENA.** Tesis [J.]: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXII, Octubre de 2005, p. 2130. Reg. digital 177044.

Así las cosas, la temeridad o mala fe implica el ejercicio de acciones a sabiendas de ser improcedentes, oponerse a una acción sin causa justificada con pleno conocimiento de tal situación, en la interposición de recursos o excepciones frívolos e improcedentes con el propósito exclusivo de entorpecer el curso del procedimiento.¹⁷¹

Por lo tanto, es viable concluir que en nuestro sistema jurídico se reconoce la posibilidad de que se ejerzan acciones temerarias y en mala fe con la evidente finalidad de dilatar el proceso y a sabiendas de que no le asista la razón.

Conforme a lo expuesto en el presente apartado, es viable concluir que en nuestro sistema jurídico se reconoce el ejercicio de recursos judiciales al amparo del derecho a la tutela judicial efectiva. No obstante, tal derecho no es absoluto, puesto que, existen ciertas instituciones -como el abuso del derecho, la temeridad y la mala fe- que sancionan las conductas que no pueden ser protegidas dentro del alcance del artículo 17 constitucional. Este razonamiento es consistente con los criterios adoptados por las diversas autoridades judiciales en las jurisdicciones expuestas en el capítulo primero del presente trabajo de investigación para actualizar el elemento objetivo del test para configurar el *sham litigation*.

3. Test para analizar la configuración del *sham litigation*

En el presente apartado, a efecto de brindar certeza jurídica a los agentes económicos, así como criterios objetivos a las autoridades, se propone un test para configurar el *sham litigation*.

En ese tenor, no sobra recordar que en el primer capítulo se concluyó que, en principio, el análisis del *sham litigation* parte de la premisa de reconocer que el ejercicio de algún recurso judicial o administrativo deriva del derecho de petición sin que éste se entienda como un derecho absoluto. No obstante, el análisis para determinar que la interposición es una farsa con objeto o efecto anticompetitivo, debe ser restrictivo. Lo anterior, aunado a las consideraciones expuestas en el presente capítulo, parece indicar que las autoridades jurisdiccionales -al menos implícitamente- privilegian el derecho de petición sobre la competencia y libre concurrencia. Sin embargo, pareciera que la mayoría de las autoridades jurisdiccionales no precisan que la determinación de la configuración del *sham litigation* implica concluir que no existió un conflicto normativo en primer lugar.

¹⁷¹ COSTAS. CONCEPTO DE TEMERIDAD O MALA FE PARA DECRESTAR SU CONDENA. Tesis [J]: I. 11º.C.J/4, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, octubre de 2005, p. 2130. Reg. digital 177044.

Al respecto, al entender que el *sham litigation* puede constituir un hecho ilícito (en la medida en que su comisión no puede ser jurídicamente tutelable debido a que consiste en el abuso del derecho) se advierte que no existe un conflicto normativo entre el derecho de petición y la competencia y libre concurrencia que requiera que el análisis para identificar el *sham litigation* sea “restrictivo”.

De ese modo, en primer lugar, se precisa que el análisis de la configuración de la conducta no debe ser “restrictivo” puesto que no existe un conflicto normativo que obligue a las autoridades a privilegiar algún bien jurídico sobre el otro. No obstante, se deben contar con criterios que den certeza jurídica sobre cuál es el alcance del derecho de petición en cada caso concreto de modo que las autoridades de competencia, las autoridades jurisdiccionales y los agentes económicos puedan identificar claramente cuáles actos se entienden protegidos por el referido derecho constitucional y cuáles constituyen un abuso susceptible de analizarse bajo la óptica de la competencia económica.

Lo anterior, puede parecer riesgoso puesto que implica conceder que las autoridades de competencia realicen interpretaciones sobre los alcances constitucionales del derecho de petición y de la competencia y libre concurrencia; dicha labor suele entenderse tradicionalmente como un asunto a cargo de las autoridades jurisdiccionales, sin embargo hay que recordar que las autoridades, en el ejercicio de sus funciones, forzosamente recurren a diversos métodos de interpretación normativa en la medida en que se encuentran obligadas a motivar sus determinaciones. Precisamente, ese es el motivo principal por el cual cobra relevancia desarrollar un test para la configuración de la conducta conocida como *sham litigation*.

Una vez establecido que la conducta excede el alcance del derecho de petición, entonces la autoridad de competencia puede identificar motivos por el cuál dicho abuso puede concebirse como una estrategia con el objeto o efecto anticompetitivo. Es decir, sólo después de haber realizado el test, la autoridad puede realizar el análisis tradicional para determinar la configuración de la conducta y plantear la teoría del daño en el caso de que ésta se configure.

Así las cosas, en términos generales, en el presente trabajo se concluyó que el *sham litigation* consiste en la interposición por parte de un agente económico con poder sustancial de mercado de una o varias acciones de carácter judicial o administrativo con fines anticompetitivos para evitar o retrasar la entrada de competidores actuales o potenciales.

En ese tenor, el presente trabajo expuso que el test realizado en diversas jurisdicciones se constituye de dos partes; la primera consistente en el elemento objetivo y la segunda en el elemento subjetivo. Como se expuso previamente, el objetivo requiere en determinar si la acción es infundada, temeraria o absurda

de modo que ningún litigante razonable esperaría obtener de forma realista una resolución favorable a sus pretensiones.

El elemento subjetivo se refiere a la única intención de generar un daño de carácter anticompetitivo, puesto que es posible que la acción genere un efecto anticompetitivo pero que sea ejercida con fines legítimos por quien se considera titular de un derecho. No sobra señalar que dicha salvedad resulta imprecisa en un argumento circular puesto que, si la acción fue ejercida con fines legítimos, entonces la acción es fundada y, por lo tanto, no puede tener efectos anticompetitivos. Mientras que, si la acción es infundada, es evidente que puede tener efectos anticompetitivos con independencia de que además, se advierta una intención anticompetitiva.

Como se expuso, en algunas jurisdicciones, la configuración de estos elementos es secuencial (como es el caso de EE.UU. donde primero se analiza el objetivo y después el subjetivo), mientras que en otros es acumulativo, con excepción de Perú donde el elemento primordial es el elemento subjetivo y el objetivo accesorio. No obstante, en el presente trabajo de investigación y en el contexto del sistema jurídico mexicano, se considera que el test para la configuración del *sham litigation* debe actualizar únicamente el elemento objetivo.

Al respecto, el elemento objetivo forzosamente debe actualizarse puesto que sólo al determinar que la acción es infundada, se puede concluir que la acción no fue ejercida dentro del alcance del derecho de petición. No sobra señalar que, atinadamente, las autoridades jurisdiccionales han establecido un estándar lo suficientemente laxo para identificar que una acción o conjunto de acciones son fundadas a efecto de no acotar el alcance del derecho de petición.

Sin embargo, se advierten dos deficiencias importantes respecto al elemento subjetivo. El primero consiste en que, configurarlo en la práctica puede resultar inviable. Por un lado, probar la intención del accionante en los procedimientos de investigación constituye un reto mayúsculo. Por otro lado, el estándar adoptado por las autoridades jurisdiccionales suele consistir en que se concluya que el ejercicio de la acción infundada por parte del accionante sea inequívocamente el de buscar el efecto anticompetitivo.

En primer lugar, se advierte que el estándar para configurar el elemento subjetivo es demasiado alto; debería reconsiderarse si es una condición indispensable concluir que el único e inequívoco motivo del accionante sea generar un daño de carácter anticompetitivo. Ahora bien, considerar que el elemento subjetivo se actualiza con un estándar tan alto parece seguir concediendo la premisa de que su análisis

debe ser restrictivo puesto que se privilegia el derecho de petición; no obstante, ya se expuso que el derecho de petición y la configuración de un *sham litigation* son mutuamente excluyentes, de modo que no existe una razón para que el elemento subjetivo cuente con un estándar tan restrictivo.

En segundo lugar, hay que recordar el contexto en el que surge el análisis del elemento subjetivo en los tribunales de EE.UU. puesto que los demás países expuestos retomaron dicho criterio como referencia. Al respecto, el test constituía una excepción a la regla de inmunidad de la doctrina Noerr-Pennington, la cual estableció que las acciones no podían considerarse anticompetitivas a menos que se cumplieran los elementos objetivos y subjetivos del test. Como se expuso, parece que la explicación de un test tan estricto recae en que se concedía implícitamente que existía una primacía del derecho de petición sobre la competencia y libre concurrencia. No obstante, como ya se ha expuesto, toda vez que el *sham litigation* no puede entenderse dentro del alcance del derecho de petición, es evidente que no existe dicho conflicto normativo.

Ahora bien, en esa línea argumentativa, basta con analizar la configuración del elemento objetivo para determinar si la acción o acciones ejercidas se encuentran dentro o fuera del derecho de petición. En caso de concluirse que la acción o acciones se encuentran fuera del alcance del referido derecho, no existen motivos para continuar con el elemento subjetivo del test, puesto que el régimen de competencia obliga a las autoridades a investigar y, en su caso, sancionar las conductas que tienen el objeto o efecto anticompetitivo.

No obstante, la política de competencia ha evolucionado. Al menos en nuestro sistema jurídico, la política de competencia pretende sancionar la comisión de prácticas monopólicas relativas con objetos o efectos anticompetitivos. Así las cosas, conceder que el elemento subjetivo se configure cuando la inequívoca intención del accionante es generar un daño anticompetitivo, por un lado, constituye un estándar muy alto y, por otro lado, parece ignorar que, en nuestro sistema jurídico, las autoridades de competencia deben sancionar tanto el objeto como el efecto anticompetitivo.

Dicho de otra forma, conceder que el test se constituya por el elemento subjetivo implica acotar el contenido normativo del artículo 56, fracción XI, así como del 54, fracción III, de la LFCE puesto que dichos artículos requieren analizar si la conducta que se investiga tiene un objeto o efecto anticompetitivo, mientras que el elemento subjetivo del test para configurar el *sham litigation* únicamente refiere a la intención (objeto) anticompetitivo. No sobra señalar que el cumplimiento de las normas

establecidas en la LFCE debe privilegiarse sobre el método que las autoridades jurisdiccionales y de competencia han desarrollado para identificar un *sham*.

Si sostuviéramos la postura contraria, pueden configurarse casos donde el elemento objetivo se actualice (esto es, que la acción se considere objetivamente infundada) y el elemento subjetivo no se actualice, no obstante que la conducta haya tenido efectos anticompetitivos los cuales, no podrían ser sancionados por las autoridades de competencia al no haberse cumplido el requisito extralegal de procedencia del test de *sham litigation*.

Por lo expuesto, el presente trabajo de investigación propone que el test se constituya exclusivamente por la configuración del elemento objetivo, puesto que el elemento subjetivo podría analizarse dentro de la labor que la autoridad de competencia ya debe realizar en atención al artículo 56, fracción XI, así como al 54, fracción III como un elemento de fundamentación y motivación más amplio que el del elemento subjetivo del test de *sham litigation*.

Ahora bien, otra precisión importante consiste en que, para el caso de que la conducta se configure por la interposición de múltiples recursos, se debe analizar el conjunto de las acciones como una estrategia concertada con fines y efectos anticompetitivos, pero también debe analizarse el objeto o efecto en cada una de las acciones de modo que pueda identificarse el comportamiento procesal del accionante.

A manera ejemplificativa, retomemos el caso Acromax de Ecuador, en el que podría considerarse que la interposición de la demanda fue fundada, mientras que la solicitud de las medidas cautelares constituyó un acto de competencia desleal que esconde el objeto o efecto anticompetitivo. Por ello, en dicha jurisdicción, el test desarrollado privilegia el elemento subjetivo y considera al objetivo algo accesorio. Sin embargo, adoptar esta postura implica conceder implícitamente que pueden existir acciones fundadas pero que oculten un objeto o efecto anticompetitivo, lo cual sí sería sancionable conforme a dicho método. Por lo tanto, conceder dicho método sí implicaría subordinar el alcance del derecho de petición a la competencia y libre concurrencia.

Así las cosas, el presente trabajo de investigación considera que el test para determinar la configuración del *sham litigation* únicamente debe centrarse en analizar si la acción es objetivamente infundada en el sentido en que ningún litigante podría esperar, de manera razonable, obtener éxito en sus méritos. Si la acción es objetivamente infundada, entonces ésta no puede entenderse ejercida dentro del alcance del derecho de petición y, por lo tanto, es susceptible de analizarse bajo la óptica de competencia económica. Para el caso de que se considere que la conducta es el conjunto de acciones judiciales o administrativas,

desde luego éstas deben estudiarse en su conjunto como una estrategia concertada, además de que cada una de ellas deba analizarse por sus propios méritos.

Por su parte, el elemento subjetivo del test no debe tomarse en consideración puesto que, por un lado, la acción será susceptible de analizarse en caso de que el elemento objetivo se actualice y, por otro lado, la intención anticompetitiva, así como los efectos, ya se analizan conforme al contenido normativo del artículo 56, fracción XI, así como del 54, fracción III, de la LFCE. Dicho análisis es más completo que el propuesto por el elemento subjetivo del test y tiene una fuente normativa clara.

Conclusiones

Primera, para la mayoría de los sistemas jurídicos, el análisis para determinar el *sham litigation* es riguroso y estricto, puesto que se advierte una preferencia por privilegiar o partir de la presunción de que el derecho de petición no puede considerarse anticompetitivo.

Segunda, la interposición de uno o varios recursos de carácter judicial o administrativo puede constituir una estrategia predatoria basada en costos que configure el contenido normativo de la fracción XI del artículo 56 de la LFCE en relación con el 54 del mismo ordenamiento, puesto que, por un lado, se cumple el tipo normativo y por otro lado, la teoría económica explica la racionalidad de un agente económico para cometer la conducta en tanto ésta impone a la contraparte diversos costos ineludibles.

Tercera, no es necesario “privilegiar” entre el derecho de petición y la competencia y libre concurrencia, puesto que el conflicto entre tales bienes jurídicos es únicamente aparente en tanto se delimite el alcance de cada derecho en el caso concreto.

Cuarta, considerando la integridad del presente trabajo de investigación, se propuso un *test* para analizar la configuración del *sham litigation* en nuestro sistema jurídico. Al respecto, el *test* únicamente debe centrarse en analizar si la acción es objetivamente infundada, puesto que el elemento subjetivo es un elemento independiente a la configuración del *sham litigation* al considerarse que debe investigarse tanto el objeto de las prácticas monopólicas relativas, lo cual implicaría forzosamente, estudiar la intencionalidad del accionante en los mismos términos del elemento subjetivo.

Bibliografía

Artículos de investigación y revistas:

CASTILLO Córdova Luis Fernando, *¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?* Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 12, enero-junio, pp. 99-129, 2005.

HVIID, Morten and OLCZAK, Matthew *Raising Rivals' Fixed Costs*, *International Journal of the Economics of Business*, Vol. 23, No. 1, 2016.

KLEIN, Christopher, C. *The economics of sham litigation: theory, cases and policy*. Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission, 1989.

LIANOS, Ioannis, REGIBEAU, Pierre, "Sham" Litigation: When can it arise and how can it be reduced? *The Antitrust Bulletin*, vol. 62, 2017.

LIANOS, Ioannis y REGIBEAU, Pierre *Vexatious/Sham Litigation in EU and US Antitrust Law: A Mechanism Design Approach*, Centre for Law, Economics and Society, Research Paper Series, 1/2017, 2017.

NOGUEIRA Alcalá Humberto *La delimitación del contenido de los derechos, los límites y la regulación de los derechos*, Revista *Ius et Praxis*, 11 (2): 15-64, 2005.

O'DONOGHUE, Robert y PADILLA, Atilano Jorge *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013.

PUPPO, Alberto *De Kelsen a la contradicción de tesis 293/2011: Los conflictos normativos entre jerarquías formales y decisionismo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLIX, número 147, pp. 173-213, septiembre-diciembre 2016,.

SCHEFFMAN, Steven C., SALOP, David T., *Raising Rivals' Costs*, *American Economic Review*, Bureau of Economics, Federal Trade Commission, 1983.

VEIGA TORREGROSA, Ainhoa, *El ejercicio anticompetitivo del derecho a litigar* Gaceta jurídica de la Unión Europea y la Competencia, Núm. 10 Julio/agosto 2009. Disponible en: https://www.araozyrueda.com/wp-content/uploads/2016/06/Gaceta_Juridica-2009-1.pdf.

WILLIAMSON, Oliver E., *Wage rates as a barrier to entry: The Pennington Case in perspective*, *The Quarterly Journal of Economics* Vol. 82, No. 1, Oxford, Oxford University Press, 1968.

Fuentes bibliográficas

BONNECASE, Julien, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, 5a. ed. trad. de Leonel Pereznieta Castro, México, Oxford University Press, 2004.

BORK, Robert H, *The Antitrust Paradox, A policy at war with itself*, New York, Free Press, 1993.

LOPEZ Ruiz Miguel y LOPEZ Olvera, Miguel Ángel, *Estructura y Estilo en las Resoluciones Judiciales*, Suprema Corte de Justicia de la Nación diciembre de 2007. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/site/acerca-de/normativa-interna/criterios_editoriales.pdf

MOTTA Massimo, *Política de competencia. Teoría y práctica*, 1a. ed. en español, Fondo de Cultura Económica, 2018.

PALACIOS Prieto Alejandra y PÉREZ Trujillo José Nery *Reforma en materia de Competencia Económica*, 1a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2017.

PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 2a. ed., México, Porrúa, 1960.

PEREDO Rivera, Amílcar, *Derecho de la competencia económica. Teoría y práctica*. 1a. ed., México, Editorial Porrúa, 2004.

PORTER, Michael E., *Estrategia competitiva. Técnicas para el análisis de los sectores industriales y de la competencia*, México, 2a. ed., Grupo Editorial Patria, 2019.

SERNA Pedro y TOLLER Fernando, *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales. Una Alternativa a los Conflictos de Derechos*, 1a. ed., La Ley, Buenos Aires, 2000.

Fuentes normativas

Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la de 5 de febrero del 1857.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Decreto de la Ley Federal de Competencia Económica, publicado en el Diario Oficial el 24 de diciembre de 1992.

Decreto por el que se expide la Ley Federal de Competencia Económica y se reforman y adicionan diversos artículos del Código Penal Federal, publicado en el DOF el 23 de mayo de 2014.

Ley Federal de Competencia Económica

Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Ley Núm. 20.169, decretada el 18 de enero de 2007.

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Sherman Anti-Trust Act.

Tratado de la Unión Europea, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1992.

Sentencias, dictámenes y resoluciones

Black, Hugo Lafayette, and Supreme Court Of The United States. U.S. Reports: Eastern R. Conf. v. Noerr Motors, 365 U.S. 127. 1960. Periodical. Disponible en: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep365/usrep365127/usrep365127.pdf>.

White, Byron Raymond, and Supreme Court Of The United States. U.S. Reports: Mine Workers v. Pennington, 381 U.S. 657. 1964. Periodical. Disponible en: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep381/usrep381657/usrep381657.pdf>.

Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc., 365 U.S. 127 (1961), Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, 20 de febrero de 1961. Disponible en: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep365/usrep365127/usrep365127.pdf>.

United Mine Workers v. Pennington, 381 U.S. 657 (1965), Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, 7 de junio de 1965. Disponible en: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep381/usrep381657/usrep381657.pdf>.

Douglas, William Orville, and Supreme Court Of The United States. U.S. Reports: California Transport v. Trucking Unlimited, 404 U.S. 508. 1971. Periodical. Disponible en: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep404/usrep404508/usrep404508.pdf>.

California Motor Transport Co. Et al. V. Trucking Unlimited Et al. 404 U.S. 508 (1972), Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, 7 de junio de 1965, pp. 510 a 517. Disponible en: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep381/usrep381657/usrep381657.pdf>.

Thomas, Clarence, and Supreme Court Of The United States. U.S. Reports: Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc., 508 U.S. 49. 1992. Periodical. Disponible en: <https://www.loc.gov/item/usrep508049/>.

Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc., 508 U.S. 49 (1993), Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos de América, de fecha 3 de mayo de 1993. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/508/49/case.pdf>.

T-111/96 - ITT Promedia v Commission. Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=4E81FDB4D90340B8A977A80939ACDB2C?text=&docid=44050&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6034286>.

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta ampliada), dictada por la Comisión de las Comunidades Europeas el 17 de julio de 1998.

2006/857/CE: Decisión de la Comisión, de 15 de junio de 2005, relativa un procedimiento de conformidad con el artículo 82 del Tratado CE y el artículo 54 del Acuerdo de EEE (caso COMP/A.37.507/F3 — AstraZeneca) [notificada con el número C(2005) 1757] (Texto pertinente a efectos del EEE). Boletín disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006D0857&from=ES>.

Sentencia de 1.7.2010- Asunto T-321/05 Sentencia del Tribunal General (Sala Sexta ampliada), dictada por la Comisión Europea el 1 de julio de 2010. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62005TJ0321&from=es>.

Sentencia No 47/2006, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de la República de Chile, de fecha 5 de diciembre de 2006. Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/sent_0047_2006.pdf.

Resolución de la Tercera Sala de la Corte Suprema de la República de Chile, de fecha 13 de octubre de 2009.

Resolución de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia de Perú, de fecha 3 de mayo de 2010 respecto del Expediente 009-2008/CLC. Disponible en: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/Res026-2010.pdf/d299f3b1-4bc6-411e-a6c9-8540bbc476fb?version=1.0>.

Sentencia No. 024-09-SEP-CC, Caso N 0009-09 EP de la Corte Constitucional para el período de transición de la República del Ecuador, de fecha 29 de septiembre de 2009. Disponible en: <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/29abf397-549f-4e1d-9c22-82b615a435ad/0009-09-EP-res.pdf>.

Otras fuentes

Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine, Washington DC, *Federal Trade Commission*, 2006.

B. Coate Malcolm y N. Kleit Andrew, *Exclusion, collusion and confusion: the limits of raising rivals costs*, working paper no. 179, Washington DC, *Federal Trade Commission*, 1990.

Herramientas de competencia. Derechos y obligaciones en materia de competencia, Comisión Federal de Competencia Económica, México, 2015. Disponible para su consulta en: https://www.cofece.mx/cofece/images/documentos_micrositios/herramientascompetenciaeconomica_250815_vf1.pdf.