

EL EJERCICIO ANTICOMPETITIVO DEL DERECHO A LITIGAR

Ainhoa Veiga Torregrosa (*) (**)
Socia, Araoz & Rueda

Resumen: A partir del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y sus límites derivados de la figura del abuso del derecho, el artículo expone la relevancia *antitrust* del derecho a litigar para, a través de un recorrido por la práctica decisoria de las jurisdicciones estadounidense, comunitaria y española, ilustrar la dificultad de aplicar las normas de defensa de la competencia al ejercicio de este derecho fundamental, así como apuntar las principales premisas que habrían de presidir su aplicación.

Summary: Starting from the fundamental right of access to the courts and its limits derived from the doctrine of abuse of rights, this article discusses the antitrust bearing on the right to litigate and illustrates, through the review of the US, EU and Spanish decisional practices, the difficulty to apply antitrust laws to the exercise of this fundamental right, suggesting the main lines which should direct their application.

Palabras clave: derechos fundamentales, acceso a los tribunales, abuso de derecho, ejercicio anticompetitivo del derecho a litigar.

Key words: fundamental rights, access to courts, abuse of rights, sham litigation.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO A LITIGAR Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.
- II. LA RELEVANCIA *ANTITRUST* DEL DERECHO A LITIGAR.
 1. **Planteamiento de la cuestión.**
 2. **La práctica decisoria estadounidense.**
 - 2.1. **La doctrina *Noerr-Pennington*.**
 - 2.2. **La formulación de “*sham litigation*” como excepción a la inmunidad *Noerr-Pennington*.**
 - 2.3. **Las perspectivas de la *Federal Trade Commission* sobre la aplicación de la doctrina *Noerr-Pennington*.**
- III. LA PRÁCTICA DECISORIA DE LOS ÓRGANOS COMUNITARIOS Y ESPAÑOLES.
 1. **La práctica decisoria de los órganos comunitarios.**
 - 1.1. **El asunto *ITT Promedia*.**
 - 1.2. **La proyección de *ITT Promedia* en la práctica decisoria posterior: *AstraZeneca*.**
 2. **La práctica decisoria de los órganos españoles.**
- IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO A LITIGAR Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

El libre acceso a la jurisdicción y al proceso establecido por ley constituye una garantía derivada del derecho a la tutela judicial efectiva, derecho fundamental susceptible de amparo constitucional sancionado en el artículo 24.1 de nuestra Constitución. Este derecho, ya reconocido en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, se encuentra igualmente recogido en el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (CEDH), y amparado jurisdiccionalmente, en el ámbito del Consejo de Europa, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.¹ Por su parte, el artículo 6 del Tratado de la UE afirma que la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros, y remite expresamente al CEDH y a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario, siendo el Tribunal de Justicia el órgano jurisdiccional competente para velar por que las instituciones comunitarias respeten estos derechos fundamentales.²

No obstante estos mimbres, el acceso a la jurisdicción constituye una garantía que no tiene valor por sí sola, sino en la medida en que es el camino para obtener una resolución judicial o respuesta a la cuestión planteada por el justiciable ante los tribunales.³ La obtención de esta respuesta es precisamente la finalidad del derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no es un derecho incondicional o absoluto.⁴ No

(*) Una versión idéntica a la de este artículo se encuentra publicada en GACETA JURÍDICA DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE LA COMPETENCIA, Julio/Agosto 2009 Nº 10, págs. 67-101.

(**) Abogada-socia Aroz & Rueda, Abogados. Se agradecen los comentarios, sugerencias y discusiones brindados por Francisco Marcos Fernández y Albert Sánchez Graells. Ninguno de ellos es responsable de las opiniones ni eventuales errores contenidos en el presente trabajo.

¹ La Declaración Universal y los Tratados mencionados, ambos ratificados por España, han de servir de instrumentos interpretativos de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, según lo establece el artículo 10.2 de la misma.

² Artículo 46.d) del Tratado de la UE. Asimismo, su artículo 49 exige el respeto de estos derechos para que un Estado pueda ser candidato a entrar en la UE. Por otra parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOCE nº C 364 de 18.12.2000, págs. 1-22), que representa un compromiso político sin efecto jurídico obligatorio, reúne los derechos civiles y políticos clásicos, así como los derechos económicos y sociales. El derecho a una tutela judicial efectiva se recoge en su artículo 47. En caso de entrar en vigor el Tratado de Lisboa, la Carta, a la que se le reconocerá el mismo valor jurídico que los Tratados, adquirirá un carácter vinculante.

³ “La tutela judicial efectiva que garantiza este precepto se satisface primordialmente, como declara reiteradamente la jurisprudencia de este Tribunal (por todas STC 55/1987 de 13 de mayo), mediante una resolución de fondo que, jurídicamente, fundada, decida las pretensiones controvertidas” STC 184/1988, de 13 de octubre, FJ 12. Para un estudio en profundidad de las garantías derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva, CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, Barcelona, 1994.

⁴ “Como hemos declarado en muy reiteradas ocasiones, el derecho fundamental consagrado en el art. 24.1 CE no es «un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución» [SSTC 99/1985 (RTC 1985\99), 206/1987 (RTC 1987\206)], ni se trata tampoco de un «derecho absoluto o incondicional» [SSTC 15/1985 (RTC 1985\15), 34/1989 (RTC 1989\34), 164/1991 (RTC 1991\164), 192/1992 (RTC 1992\192), 28/1993 (RTC 1993\28), 101/1993 (RTC 1993\101) y 220/1993 (RTC 1993\220)], sino propiamente de un derecho de «configuración legal» [SSTC 99/1985, 354/1993 (RTC 1993\354), 331/1994 (RTC 1994\331), 178/1996 (RTC 1996\178)], de suerte que el legislador, dentro de su ámbito de atribuciones, puede establecer límites al pleno acceso a la jurisdicción, siempre y en el bien entendido de que dichos límites sean razonables

cabe amparar en el mismo el ejercicio abusivo o temerario del derecho a la jurisdicción, como el que resultaría de mantener pretensiones manifiestamente infundadas o dirigidas a finalidades distintas de la contemplada en la función del proceso, que no es otra que, como hemos señalado, la obtención de respuesta a la cuestión planteada o, como doctrinalmente ha sido definida, “*la determinación irrevocable del derecho en un caso concreto*”.⁵

Admitiendo que el derecho a la tutela judicial puede ser objeto de restricciones⁶, éstas sólo pueden ser establecidas por Ley⁷ y, como tiene declarado nuestro Tribunal Constitucional, el propósito de evitar el ejercicio abusivo o temerario del derecho a litigar se encuentra entre las finalidades que legítimamente puede perseguir el legislador para limitar el libre ejercicio de acceso a la jurisdicción.⁸ En este sentido, nuestro ordenamiento jurídico ha dotado a los órganos judiciales de una serie de mecanismos jurídicos orientados a evitar, disuadir o sancionar acciones vejatorias o abusivas. Así, por ejemplo, es contundente el artículo 11.2 LOPJ que obliga a juzgados y tribunales a rechazar fundadamente “*las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal*”, pudiendo incluso imponer a los litigantes temerarios sanciones pecuniarias.⁹

Por otra parte, el ejercicio del libre acceso a la jurisdicción puede ser causa de daños injustos y, en este sentido, siguiendo la doctrina jurisprudencial de una aplicación prudente y restringida de la doctrina del abuso de derecho, nuestros tribunales han reconocido la inserción del abuso del derecho a litigar dentro de esta figura consagrada hoy en el artículo 7.2 del Código Civil.¹⁰ Sin embargo, la jurisprudencia exige que la calificación como actuación abusiva de una

y proporcionados respecto de los fines que lícitamente puede perseguir en el marco de la Constitución [SSTC 4/1988 (RTC 1988\4), 107/1992 (RTC 1992\107) y 140/1995 (RTC 1995\140)].” STC 12/1998 de 15 de enero, FJ 4. El carácter no absoluto del derecho fundamental de acceso a la jurisdicción y la correspondiente posibilidad de límites legales también han sido reconocidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 6.1 del CEDH. *Vid.*, entre otras, en sede de inmunidades parlamentarias y diplomáticas, la Sentencia de 21 de febrero de 1975, asunto Golder (párrafos 37 a 39).

⁵ SERRA DOMÍNGUEZ, “Jurisdicción”, en AA.VV. *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona 1969, pp. 21 y ss.

⁶ “[...] *el derecho a la tutela judicial efectiva, puede restringirse en la medida que la restricción actúa en servicio de la efectividad o promoción de otros bienes o derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente protegidas, pues en caso contrario aquélla habría de ser estimada inconstitucional*” STC 3/1983 de 25 de enero, FJ 1.

⁷ STC 64/1983 de 21 de julio, FJ 3.

⁸ STC 3/1983 de 25 de enero, FJ 1.

⁹ El artículo 247 LEC prevé multas de cierta entidad a las partes que hayan actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal. Por su parte, los artículos 448 a 453 de la LOPJ se ocupan de las sanciones a los profesionales. Además, las distintas leyes procesales establecen criterios de imposición de la condena en costas en contra de los litigantes a los que sean rechazadas sus pretensiones, obligándolos así no sólo a hacer frente a los gastos propios, sino también a sufragar los devengados por su contraparte, lo que constituye un claro instrumento disuasorio del ejercicio arbitrario o abusivo de los derechos en el proceso judicial.

¹⁰ Por todas, STS 63/1999 de 6 de febrero (Sala de lo Civil):

*“Dentro del área del concepto del abuso de Derecho, existe un campo muy delimitado de actuación, como es el conocido doctrinalmente **«abuso del Derecho y derecho a litigar»**, y que se puede definir como aquel aspecto del abuso del Derecho relativo a determinar si incurre en responsabilidad aquella persona que dentro de una contienda judicial mantiene pretensiones manifiestamente indefinidas u orientadas a finalidades distintas a las naturales en la función social del proceso o del llamado «derecho a litigar»; en otro aspecto, es de **si el litigante a quien se han producido daños como consecuencia de la actividad procesal de la otra parte, está amparado por las reglas de la responsabilidad civil, de suerte que pueda ejercitar la acción de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil, contra el causante del perjuicio, esgrimiendo la inexistencia de una «justa causa litigandi»** (FD Primero) (el subrayado es nuestro). La doctrina del abuso del derecho a litigar se ha ido configurando en relación al antiguo juicio interdictal de obra nueva, contemplado ahora en el artículo 250.1.5º LEC,*

determinada conducta procesal haya de ser adoptada con exquisito cuidado y riguroso análisis para no cercenar el derecho fundamental de libre acceso a la jurisdicción.¹¹ Las cautelas que ha venido exigiendo la jurisprudencia para derivar consecuencias indemnizatorias del ejercicio de acciones se traducen, en primer lugar, en la necesidad de constatar la concurrencia de los requisitos esenciales que configuran la figura del abuso de derecho.¹² Adicionalmente, en el ámbito delimitado de actuación de esta figura, “abuso del derecho y derecho a litigar”, nuestro Tribunal Supremo ha reiterado la exigencia de ausencia de “justa causa litigandis”, así como que tal ausencia haya de extraerse necesariamente del contenido de la sentencia.¹³

De lo visto hasta el momento, en una primera aproximación al ejercicio abusivo del derecho a litigar en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, podríamos enunciar lo siguiente: que el libre acceso a la jurisdicción no es un derecho absoluto, que, por consiguiente, el legislador puede establecer límites al pleno acceso a los tribunales, y que un ejercicio abusivo o vejatorio del derecho a litigar puede causar daños resarcibles y puede igualmente ser objeto de sanciones cuando resulte una manifiesta ausencia de “justa causa litigandis”.

Pues bien, una vez sintetizada la anterior doctrina jurisprudencial y a la luz de la misma, la cuestión que pretende abordar el presente artículo es la de determinar, en qué medida y bajo qué condiciones las normas de defensa de la competencia pueden ser fuente de restricciones y sanciones del derecho a litigar, cuando el ejercicio del mismo sea susceptible de menoscabar el proceso competitivo. Sin perjuicio de poder atender a planteamientos de la cuestión desde una perspectiva de análisis económico, lo cierto es que cualquier proposición que ignore el marco jurídico implícito en la cuestión planteada deberá estar abocada al fracaso, en la medida que soslaye el posible conflicto de las soluciones propuestas con criterios normativos superiores. En este sentido, tratamos de postular un punto de partida para nuestro análisis: las exigencias que derivan del análisis económico para la formulación y aplicación de las normas de competencia, podrían colisionar con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y, en este sentido, la

que suponía al admitirse la demanda la suspensión de la obra y que, en caso de posterior desestimación de la demanda y consecuente alzada de la suspensión, ésta podía haber ocasionado daños y perjuicios al demandado.

¹¹ STS 159/2004 de 5 de marzo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), FD Segundo.

¹² Los requisitos que tipifican hoy el abuso del derecho fueron formulados en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944, que ha tenido gran influencia en todas las posteriores y en la misma redacción del artículo 7.2 del Código Civil: (i) uso de un derecho objetiva o externamente legal; (ii) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; (iii) inmoralidad o antisocialidad del daño, manifestada en forma subjetiva cuando el derecho se ejercita con la intención de perjudicar o, sencillamente, sin un fin serio y legítimo, o de forma objetiva cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho. DE ANGEL YAGÜEZ, R., en *Comentario del Código Civil, Tomo I*, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 57-71; GULLÓN BALLESTEROS, A., en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I (Coord.), *Comentario del Código Civil*, 2ª ed., Bosch, Barcelona 2006, págs. 120-127.

¹³ “La jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre este tema. La sentencia de 5 de junio de 1995 dice “la viabilidad de la petición de resarcimiento de daños y perjuicios causados por actuaciones judiciales, precisa que la parte que las puso en marcha haya actuado con intención dañosa o al menos con manifiesta negligencia”. Y añade: “los daños y perjuicios que acreditadamente sean consecuencia directa e inmediata del ejercicio de una acción interdictal de obra nueva, han de reputarse indemnizables en vía de reparación en los casos en **que esta acción resulte ser claramente infundada y así se declare en la sentencia o al menos resulte de ella sin asomo de duda**”. Lo que reitera la de 3 de julio de 1997 al decir: “la evidencia de estarse ante una acción interdictal clara manifiestamente infundada” **ha de extraerse necesariamente del contenido de la propia sentencia recaída en el “juicio interdictal”** [...] STS 159/2004 de 5 de marzo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), FD Segundo (el subrayado es nuestro).

formulación de este derecho fundamental en el marco de la aplicación de las normas de competencia, no debe quedar exclusivamente subordinada a la satisfacción de estas exigencias.¹⁴

En atención al planteamiento esbozado, comenzaremos por exponer la relevancia *antitrust* del ejercicio del derecho de acceso a los tribunales, tanto desde una perspectiva teórica (v. *infra* Sección II.1), como haciendo un recorrido por la práctica decisoria de las autoridades y tribunales estadounidenses (v. *infra* Sección II.2). Estimamos interesante referirnos a la práctica decisoria estadounidense sobre esta cuestión por cuanto ofrece un grado de madurez, al menos, en número de casos resueltos, que contrasta con los escasos pronunciamientos que, hasta la fecha, han tenido lugar sobre esta cuestión por parte de las autoridades de defensa de la competencia, tanto las comunitarias (v. *infra* Sección III.1) como las españolas (v. *infra* Sección III.2), que analizaremos. Finalizaremos con unas consideraciones sobre las dificultades para impedir, limitar o sancionar, mediante la aplicación de las normas de competencia, el ejercicio abusivo del derecho fundamental a litigar (v. *infra* Sección IV).

II. LA RELEVANCIA *ANTITRUST* DEL DERECHO A LITIGAR.

1. Planteamiento de la cuestión.

La idea de que la manipulación de los procedimientos, ante instancias políticas, administrativas o judiciales, puede constituir una de las estrategias predatorias anticompetitivas más prometedoras no es nueva. Ya a mediados de la década de los setenta, en su provocadora obra “The Antitrust Paradox”¹⁵, el profesor Robert H. Bork, criticando la profusión, multiplicación y omnipresencia de la regulación y los procedimientos de todo tipo, apuntaba al incentivo que éstos generan para ejercer el derecho de acceso a los procedimientos judiciales o administrativos con una intención puramente instrumental, dirigida a impedir la entrada o mantenimiento de los competidores en el mercado, y justificar, así, la reacción de las normas de defensa de la competencia, no sólo para preservar la libre competencia, sino también para

¹⁴ No cabe duda que el ejercicio estratégico, instrumental o predatorio del derecho de acción es susceptible de menoscabar los fines perseguidos por el Derecho de la Competencia, en particular, el bienestar de los consumidores, para cuya consecución, resulta indispensable la contribución del análisis económico en la formulación y aplicación de las normas. También constituye un instrumento para incrementar la eficiencia regulativa susceptible, igualmente, de quedar frustrada por el ejercicio abusivo de un derecho fundamental. Ahora bien, la contribución del análisis económico no podrá desplazar los criterios normativos para determinar cuándo el ejercicio de una determinada acción no debe quedar amparado por el correspondiente derecho fundamental. Así por ejemplo, siguiendo un criterio económico, parecería que, en la medida en que el criterio legal para determinar el ejercicio anticompetitivo del derecho a litigar más se aproxima a la falta de “justa causa litigandis” o manifiesta ausencia de fundamento en la acción, más decrece el efecto disuasorio para acudir a los tribunales de forma estratégica o instrumental. El problema fundamental del enfoque económico es que subestima en buena parte la importancia del principio de seguridad jurídica. Véase, KLEIN, C.C. “Anticompetitive Litigation and Antitrust Liability”, Middle Tennessee State University, Department of Economics and Finance Working Paper Series, August 2007. Véase también del mismo autor: “The Economics of Sham Litigation: Theory, Cases and Policy”. Bureau of Economics Staff Report, Federal Trade Commission, April 1989, “Predation in the Courts: Legal Versus Economic Analysis in Sham Litigation Cases”, *International Review of Law and Economics*, 10, May 1990, págs. 29-40.

¹⁵ BORK, R, *The Antitrust Paradox. A policy at war with itself*, The Free Press, 2nd. Ed., NY 1995, págs. 347 y ss. Ver también el trabajo anterior de FISCHER, D.R., “Antitrust Liability for Attempts to Influence Government Action: The Basis and Limits of the Noerr-Pennington Doctrine”, *University of Chicago Law Review*, núm. 45, 1977. Si bien la cuestión del ejercicio abusivo o vejatorio de acciones ya había sido antes objeto de estudio por el Prof. Fischer desde la perspectiva de los límites de la inmunidad conferida por el derecho fundamental estadounidense de petición consagrado en la Primera Enmienda, es al profesor Bork a quien hay que atribuir la reivindicación de la relevancia de esta conducta como un tipo concreto de ilícito *antitrust*.

garantizar la integridad de los procedimientos legislativos y resolutorios (v.gr., ante instancias administrativas o judiciales) frente a conductas anticompetitivas.¹⁶

Por una parte, el enfoque de la cuestión por el profesor Bork no deja de ser polémico. En última instancia, supone reconocer la intervención de las normas de defensa de competencia para hacer frente a los excesos normativos y la complejidad de las reglas jurídicas, avalando la limitación, entre otros, del derecho fundamental del libre acceso a la jurisdicción¹⁷. Por otra parte, desde un punto de vista pragmático, no es necesario entrar en un debate acerca de los excesos de la regulación y su impacto en el funcionamiento de un Estado garantista de los derechos y libertades fundamentales¹⁸, para reconocer que, como puede ocurrir con cualquier otro derecho, el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción o el derecho de acción¹⁹, como hemos visto, puede ser objeto de un ejercicio instrumental y abusivo que, además, puede resultar particularmente eficaz como estrategia anticompetitiva. En este sentido, cuando el bien jurídico protegido por las normas de defensa de la competencia pueda resultar amenazado o menoscabado por el ejercicio instrumental de un derecho fundamental, parece deseable que, *prima facie*, tal actuación no resulte indiferente a estas normas.²⁰

No es difícil imaginar supuestos en los que el derecho de acceso a los tribunales puede ejercitarse con una intención puramente instrumental, dirigida a incrementar los costes de los competidores y dificultar o impedir el acceso, mantenimiento o expansión de éstos en el mercado. Así, por ejemplo, cuando para la financiación de un proyecto de expansión por un operador, la ausencia de litigios puede constituir una condición esencial, un rival puede frustrar los planes de expansión del competidor mediante la interposición de acciones infundadas. O, en un mercado regulado, cuando la entrada al mismo exija una norma que facilite el acceso, y el operador u operadores existentes se dedican, sistemáticamente, a recurrir ante los tribunales cualquier intento normativo para retrasar o impedir el acceso de nuevos entrantes. Un ámbito que puede resultar

¹⁶ “The last several decades have witnessed an enormous proliferation of regulatory and licensing authorities at every level of government, federal, state, and local [...]. The modern profusion of such governmental authorities offers almost limitless possibilities for abuse. [...] The antitrust laws can make a major contribution both to free competition and to the integrity of administrative and judicial processes by catching up with this means of monopolization” Ibid, págs. 347 a 349.

¹⁷ De acuerdo con la práctica decisoria de los tribunales estadounidenses en esta materia, el libre acceso a los tribunales y, en general, a los órganos del poder público constituye uno de los elementos integrantes del derecho de petición y, en este sentido, la relevancia antitrust del ejercicio abusivo o vejatorio del derecho de acceso a los tribunales, resulta de limitar la inmunidad que confiere el derecho de petición denominada “sham exception”; see *infra* Sección II.2. Para una crítica de la deriva de los tribunales estadounidenses y del amorfo desarrollo jurisprudencial de la “sham exception”, véase, LAO, M., “Reforming the Noerr-Pennington Antitrust Immunity Doctrine”, *Rutgers Law Review*, Vol. 55 (Summer 2003) págs. 965-1026.

¹⁸ También se postula la intervención de las normas de defensa de la competencia para atajar los abusos que se producen en jurisdicciones con instituciones frágiles y propensas a la corrupción o donde reina la inseguridad jurídica y es más fácil, por tanto, manipular el poder del Estado para conseguir efectos anticompetitivos. BULLARD, A. y FALLA, A., “El Abogado del Diablo: El Abuso de Procesos Legales o Gubernamentales como Práctica Anticompetitiva”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, Número 21, Febrero 2006, págs. 104-117.

¹⁹ Considerando el derecho a la tutela judicial efectiva como la matriz constitucional de todos los procesos de nuestro ordenamiento jurídico, con la expresión “derecho de acción” englobamos, igualmente, como derecho objeto de tutela constitucional, el derecho de acceso a cualquier procedimiento de carácter contencioso, ya sea ante instancias administrativas o judiciales.

²⁰ Una expresión pertinente de este razonamiento la ofrece, por ejemplo, Vega-Penichet: “Si el ejercicio de una acción judicial sin ‘iusta causa litigandis’ puede constituir, en general, un abuso contrario al derecho es lógico pensar que cuando tal acción se realice por una empresa con posición de dominio y produzca efectos anticompetitivos en el mercado español, tal actuación podrá constituir un abuso de posición dominante [...]”. VEGA-PENICHET, L., “Ejercicio Abusivo de Acciones Judiciales. Un posible abuso de posición dominante”. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, N. 202 Agosto/Septiembre, pág. 29.

especialmente favorable para acciones instrumentales de este tipo es el del ejercicio de los derechos de propiedad industrial e intelectual,²¹ ya sea en el marco de procedimientos contenciosos²², como de procedimientos administrativos reguladores de las facultades inherentes a la titularidad de tales derechos.²³ No obstante, sin perjuicio de la procedencia o no de aplicar al ejercicio de otros derechos o facultades criterios inspirados en los que hayan de establecerse para identificar cuándo el derecho a litigar puede constituir un ilícito anticompetitivo²⁴, en este artículo nos ocupamos de la relevancia *antitrust* del ejercicio de este último derecho.

En el ámbito evocado de los derechos de propiedad industrial, no podemos dejar de mencionar el Informe Preliminar sobre la investigación en materia de competencia en el sector farmacéutico, recientemente publicado por la Comisión Europea.²⁵ En el citado Informe, la Comisión investiga las prácticas obstaculizadoras, empleadas por las empresas farmacéuticas titulares de las patentes sobre medicamentos originales, para retrasar la entrada en el mercado de medicamentos competidores, en particular, de los genéricos. Entre estas prácticas, junto a las solicitudes de patentes múltiples (*patent clusters*), la celebración de acuerdos de patentes para limitar o retrasar la entrada de medicamentos competidores y la intervención ante las autoridades nacionales en procedimientos de autorización, también ha sido objeto de atención por la Comisión el recurso a instancias judiciales para dirimir disputas sobre las patentes farmacéuticas.²⁶

²¹ Para un estudio comparado, véase, GUNTHER, J.P. y BREUVART, C., “Misuse of Patent and Drug Regulatory Approval System in the Pharmaceutical Industry: an Analysis of US and EU Converging Approaches”, *E.C.L.R.* (2005) págs. 669 y ss. Véase también, NEGRINOTTI, M., “Abuse of Regulatory Procedures in the Intellectual Property Context: The AstraZeneca Case”, *E.C.L.R.*, Issue 8, 2008, págs. 446-459. En el ámbito del derecho estadounidense, MEURER, M.J., “Controlling Opportunistic and Anti-Competitive Intellectual Litigation”, *Boston College Law Review*, Vol. 44 (2003) págs. 509-544.

²² Por ejemplo, la interposición de una demanda contra un competidor por infracción de una patente cuando ésta ha sido obtenida defraudando el procedimiento previsto a tal efecto, o cuando el demandante sabe que el producto del competidor no infringe la patente invocada. Las acciones – o amenazas de acciones – donde se invocan derechos exclusivos, como los atribuidos por las normas de propiedad industrial, pueden resultar particularmente eficaces contra un competidor si van acompañadas de medidas cautelares y, además, se extienden a los clientes del presunto infractor, comercializadores del producto correspondiente.

²³ Por ejemplo, en el sector de la industria farmacéutica, la manipulación de los procedimientos administrativos, mediante tácticas fraudulentas, para, con el objeto de retrasar la entrada de genéricos, ampliar la protección de la patente de un medicamento. En el ámbito europeo, esta práctica ha sido, por primera vez, objeto de sanción como un abuso de posición dominante por la Comisión Europea en su Decisión de 15 de junio de 2005, Asunto COMP/A.37507/F3-*Astra Zeneca*. El texto íntegro de la Decisión, en su versión definitiva de 19 de julio de 2006, se encuentra disponible en <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37507/en.pdf>. Véase, *infra* Sección III.1.2 La Comisión Europea tiene incoado un expediente por prácticas similares a la farmacéutica Boehringer, Asunto COMP/B2/39.246 (iniciado el 22 de febrero de 2007).

²⁴ Véase O'DONOGHUE, R. y PADILLA, A.J., “*The Law and Economics of Article 82 EC*”, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2006, págs. 534 y ss., donde los autores, en el marco del abuso de procedimientos regulatorios en el ámbito farmacéutico, proponen un examen de ilicitud basado en los principios aplicables al ejercicio abusivo del derecho a litigar.

²⁵ El 14 de enero de 2008, al amparo del artículo 17 del Reglamento (CE) 1/2003, la Comisión Europea decidió iniciar una investigación en el sector de los mercados farmacéuticos (COMP/D2/39.514). Con fecha 28 de noviembre de 2008, la Comisión ha adoptado el Informe Preliminar sobre la investigación del sector farmacéutico, abriendo un periodo de consulta pública, que finalizará el 31 de enero de 2009 (*Pharmaceutical Sector Inquiry Preliminary Report. DG Competition Staff Working Paper*, 28 November 2008). El Informe Preliminar y otros documentos producidos en el marco de esta investigación pueden ser consultados en la página web de la Comisión (<http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/index.html>).

²⁶ El Informe recoge una muestra de 219 medicamentos, cuyas patentes expiraron en el período 2000-2007 en 17 Estados miembros, y estima que habría sido posible realizar ahorros adicionales de 3.000 millones de Euros para esta muestra si los medicamentos genéricos se hubieran incorporado al mercado con anterioridad. El Informe estima en 470 millones los costes directos para las partes derivados de los litigios reportados.

El Informe de la Comisión considera que, un número importante de estos litigios forman parte de estrategias concebidas y ejecutadas por empresas titulares de patentes farmacéuticas con el único propósito de bloquear o retrasar el desarrollo de nuevos fármacos competidores o la comercialización de los genéricos.²⁷ No obstante lo anterior, la Comisión declara que el objeto del Informe Preliminar no es el de identificar conductas anticompetitivas ni prejuzgar las estrategias detectadas en el curso de las investigaciones, lo que sólo podrá tener lugar caso por caso.²⁸ Por otra parte, el Informe Preliminar no obvia el actual marco regulativo como un obstáculo importante a una mayor competencia en el sector y a una mayor innovación.²⁹ En este sentido, haciéndose eco de las opiniones vertidas por las distintas partes afectadas objeto de investigación y consulta por la Comisión, con carácter preliminar, el Informe reconoce la necesidad de impulsar la creación de la patente comunitaria única y de un órgano jurisdiccional único y especializado.³⁰ Habrá que esperar al informe final para conocer qué tipo de estrategias defensivas y obstaculizadoras de las empresas farmacéuticas - y, de entre ellas, qué tipo de maniobras litigiosas - serán eventualmente objeto de persecución por la Comisión en aplicación de las disposiciones de defensa de la competencia, en particular, de los artículos 81 y 82 del Tratado.³¹ El Informe Preliminar se limita a recordar como ejemplo de la aplicación del artículo 82 en este ámbito, el asunto AstraZeneca.³²

Como hemos apuntado, el derecho a litigar puede tener relevancia antitrust como práctica anticompetitiva de exclusión y, en particular, en el ámbito del abuso de posición dominante. Si hacemos un repaso de los numerosos trabajos doctrinales relativos a los distintos tipos de prácticas contrarias a las disposiciones de defensa de la competencia aplicables en este lado del Atlántico, el ejercicio anticompetitivo del derecho a litigar, en las escasas veces que se comenta³³,

²⁷ El Informe Preliminar transcribe algunas comunicaciones de empresas a las que la Comisión Europea tuvo acceso en el curso de sus investigaciones previas, como las siguientes: “*We identify options to obtain or acquire patents for the sole purpose of limiting the freedom of operation of our competitors. [...] (emphasize added)*”. Informe Preliminar, par. 963.

²⁸ “*The Preliminary Report does not seek to identify wrongdoing by individual companies or to reach any conclusion as to whether certain practices described in the report infringe EC competition law. It provides the Commission with a factual basis for deciding whether further action is needed*”. Informe Preliminar, pág. 401.

²⁹ El marco regulativo relevante está conformado por los tres grupos normativos siguientes: la normativa sobre patentes, la normativa sobre autorización para la comercialización de medicamentos y, habida cuenta la financiación pública y consecuente control presupuestario, la normativa de precios y reembolso de medicamentos.

³⁰ “*In the context of the inquiry stakeholders made a significant number of comments on the regulatory framework, highlighting perceived difficulties and shortcomings. Generic companies and originator companies are in agreement over the need for a single Community patent and the creation of a unified and specialised patent judiciary in Europe. The preliminary findings of the inquiry support these views. Different stakeholders also highlight what they perceive as bottlenecks in the procedures for approval and marketing medicines (including pricing and reimbursement status), which may contribute to delays in bringing products to market.*” Informe Preliminar, pág. 402.

³¹ “*While our initial observations about competition in the sector are confirmed, I stress that the preliminary report does not seek to identify wrongdoing by individual companies. Nor does it advocate regulatory solutions to any problems. That may come at a later stage. This report is simply a progress report that offers new opportunities for your feedback and views. Indeed we are launching a public consultation today that will remain open until 31 January, before we go on to publish the final report in spring 2009.*” Discurso de la Comisaria Nélie Kroes, Bruselas 28 de noviembre de 2008 (<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction>).

³² “*A relevant example of application of Article 82 in the pharmaceutical sector is the AstraZeneca case where the Commission concluded that the company was abusing its dominant position when it deliberately made misleading representations to national patent offices and national courts with a view to obtaining a longer protection period for its patented product than to which it was legally entitled.*” Informe Preliminar, pág. 407. Vid *supra* nota 23.

³³ Entre los pocos, véase, O'DONOGHUE, R., PADILLA, A.J., “*The Law and Economics of Article 82 EC*”, Op. cit. *supra* nota 22, págs. 526 y ss; ESTEVA MOSSO, C., RYAN, S.Z., ALBAEK, S. y TIerno CENTELLA, M.L., en FAULL & NIKPAY, “*The EC Law of Competition*”, Oxford 2nd Ed. 2007, págs. 391 y ss; VEGA-PENICHER, L., “Ejercicio Abusivo de Acciones Judiciales. Un posible abuso de posición dominante”. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, op. cit., *supra* nota 20.

se tiende a sistematizar dentro de las prácticas contrarias a la prohibición del abuso de posición dominante. Los escasos estudios de esta figura en nuestro país y el resto de la UE, contrastan con la abundancia de artículos y exposiciones, que a la misma han dedicado juristas y economistas de la órbita estadounidense.³⁴

Esto es indicativo de la casi nula relevancia que el ejercicio anticompetitivo del derecho a litigar ha tenido, hasta la fecha, en la práctica decisoria de nuestras autoridades de defensa de la competencia.³⁵ Como ilustración de la poca atención que ha merecido esta figura como ilícito anticompetitivo, nos remitimos al *Discussion Paper* de la Comisión, publicado en Diciembre de 2005, sobre la aplicación del Artículo 82 del Tratado a los abusos de exclusión³⁶, así como a las recientemente publicadas directrices sobre las prioridades de la Comisión en la aplicación del Artículo 82 a los abusos de exclusión por empresas en posición dominante.³⁷ En ninguno de los documentos reseñados, el ejercicio anticompetitivo del derecho a litigar es objeto de alusión alguna.

Por otra parte, aunque como acabamos de ver, es habitual que el estudio del ejercicio abusivo del derecho de acción como ilícito antitrust se haga residir en la figura del abuso de posición de dominio, no cabe excluir que tal actuación resulte, igualmente, de la concertación entre varias empresas, pudiendo, en su caso, constituir un acuerdo, decisión, recomendación colectiva o práctica concertada contrarios al Artículo 81 del Tratado o al artículo 1 de la LDC. A esta conclusión parecería estar apuntando la Comisión Nacional de Competencia en el expediente

³⁴ Véanse, entre otros: HOVEKAMP, H.J., *The Walker Process Doctrine: Infringement Lawsuits as Antitrust Violation*, University of Iowa Legal Studies Research Paper, Number 08-36 (September 2008), disponible en <http://ssrn.com/abstract=1259877>; HURWITZ, J.D., "Abuse of Governmental Processes, the First Amendment, and the Boundaries of Noerr", *The Georgetown Law Journal*, Vol. 74 (1985-1986), págs. 65-126; BALMER, T.A., "Sham Litigation and the Antitrust Laws", *Buffalo Law Review*, Vol. 29 (1980) págs. 39-71; BIEN, M.W., "Litigation as an Antitrust Violation: Conflict Between the First Amendment and the Sherman Act", *University of San Francisco Law Review*, Vol. 16 (1981-1982) págs. 41-94; DOUGLAS FLOYD, C., "Antitrust Liability for the Anticompetitive Effects of Governmental Action Induced by Fraud", *Antitrust Law Journal*, Vol. 69 (2001) págs. 403-467; MICHELL, P., "Litigation and the Competition Act: Procuring Anti-Competitive Effects Through Public Processes", *Canadian Business Law Journal*, Vol. 26 (1996), págs. 244-297; DELACOURT, J.T., "Protecting Competition by Narrowing Noerr: A Reply By John T. Delacourt", *Antitrust*, Vol. 18, Issue 1, Fall 2003, págs 77 y 78; RUSSELL, W., "Considering The 'Pattern Litigation' Exception to the Noerr-Pennington Antitrust Defense", *The Wayne Law Review*, Vol. 49 (2003-2004) págs. 95-116; CALKINS, S., "Developments in Antitrust and the First Amendment: The Disaggregation of Noerr", *Antitrust Law Journal*, Vol. 57 (1988), págs. 327-378; PERRINE, J.B., "Defining the 'Sham Litigation' Exception to the Noerr-Pennington Antitrust Immunity Doctrine: An Analysis of the Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures Industries Decision", *Alabama Law Review*, Vol. 46 (1994-1995), págs. 815-841; KALER, R.J., "The Sham Exception to the Noerr-Pennington Antitrust Immunity: Its Potential for Minimizing Anticompetitive Abuse of the Administrative Regulatory Process", *Toledo Law Review*, Vol. 12 (1980-1981), págs. 63-99; JOHNSON, M.E., "Meritorious Litigation as a Section 2 Violation – In re Burlington Northern, Inc. Broadens Noerr-Pennington's Sham Exception", *Iowa Law Review*, Vol. 74 (1988-1989), págs. 271-286.

Para un análisis económico, véase: KLEIN, C.C., op. cit. *supra* nota 14.

³⁵ Véase *infra* Sección III.

³⁶ 'DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses', disponible en <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>. Tampoco los informes económicos auspiciados en el marco de este estudio abordan el ejercicio abusivo del derecho a litigar como un posible ilícito anticompetitivo. Véase, M.; PERROT, A.; POLO, M.; REY, P.; SCHMIDT, K. y STENBACKA, R., "An Economic Approach to Article 82", *Report by the EAGCP*, July 2005.

³⁷ Communication from the Commission, "Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings", 3 December 2008, COM(2008). Pendiente su publicación en el DOCE en todas las lenguas oficiales. Disponible en inglés en <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/guidance.pdf>.

sancionador abierto contra la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA). Sin perjuicio de encontrarse pendiente de resolución a la fecha de terminación del presente artículo, y de ser limitada la información disponible sobre el mismo, el supuesto contemplado será brevemente comentado más adelante.³⁸

Para que el ejercicio del derecho a litigar pueda constituir un ilícito anticompetitivo, en primer lugar, se habrán de reunir los requisitos establecidos con carácter previo por las normas de defensa de la competencia para su aplicación. Así, tratándose de evaluar una conducta unilateral, en sede del artículo 82 del Tratado o del artículo 2 de nuestra LDC, deberá resultar acreditado que la empresa correspondiente ostenta una posición de dominio en un mercado debidamente definido. Por lo que respecta a los artículos 81 del Tratado y 1 de la LDC, deberá probarse la existencia de un acuerdo, decisión o práctica concertada que tenga por objeto o efecto la restricción de la competencia. Una vez establecidos los citados presupuestos para la aplicación de las anteriores disposiciones, la cuestión radica en determinar cuándo el ejercicio del derecho de acción resultará anticompetitivo y, por consiguiente, no amparado por el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

So pena de vulnerar el citado derecho fundamental, la aplicación de las disposiciones de defensa de la competencia no podrá fundamentarse exclusivamente en los *efectos* anticompetitivos que puedan desplegarse como consecuencia del ejercicio del derecho a litigar. Por otra parte, tampoco será suficiente con acreditar que el ejercicio del derecho fundamental tiene como *objeto* obtener un resultado anticompetitivo, aunque resultara probado que el ejercicio de la acción formaba parte de un plan concebido para tal fin. En este sentido, el ánimo instrumental en el ejercicio de una acción no priva automáticamente de fundamento a la pretensión subyacente. El elemento central para determinar cuándo el ejercicio del derecho a litigar resulta abusivo, vejatorio o antisocial y, en su caso además anticompetitivo, deberá ser, *prima facie*, la ausencia de “justa causa litigandis” que, con carácter principal, implica la manifiesta ausencia de fundamento en el ejercicio de la acción.

No obstante lo anterior, el ánimo instrumental o intención anticompetitiva en el ejercicio de la acción podría constituir un poderoso indicio de la ausencia de “justa causa litigandis”. En efecto, como hemos visto (*supra* Sección I), el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no sólo no ampara el ejercicio de acciones manifiestamente infundadas. Tampoco ampara el ejercicio de acciones dirigidas a finalidades distintas de la obtención de respuestas a las cuestiones planteadas en el contencioso correspondiente. Ahora bien, el ejercicio instrumental o estratégico de acciones no es incompatible con la finalidad contemplada en la función del proceso. La acción o acciones de que se traten pueden estar objetivamente fundamentadas y, aún, ser el instrumento de una estrategia anticompetitiva. En tales casos, será difícil fundamentar una intervención represiva de las normas de defensa de la competencia sin que resulte una vulneración del derecho fundamental.³⁹

³⁸ Véase “Comunicado sobre el Expediente S/0051/08 Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA)”, en www.cncompetencia.es. Ver *infra* Sección III.2. La autora no asesora a ninguna de los afectados por este procedimiento.

³⁹ Imaginemos una empresa, o grupo de empresas, que hayan concebido una estrategia para obstaculizar la entrada de nuevos competidores, que incluya la interposición de acciones. Si para que los nuevos entrantes puedan operar en el mercado de que se trate, éstos tuvieran que cumplir con determinada normativa medioambiental, y las correspondientes licencias o autorizaciones fueran otorgadas sin acreditar tal cumplimiento, la interposición de las correspondientes acciones contra los actos administrativos que hubieran otorgado las correspondientes licencias o autorizaciones, aun formando parte de una estrategia obstaculizadora, difícilmente podrían ser objeto de represión por

Sin embargo, pudiera darse el caso, en el cual no resultara tan decisivo determinar si la pretensión que se hace valer mediante el ejercicio de la acción está o no fundada, cuando la estrategia litigiosa desplegada acredite una intención manifiestamente anticompetitiva y, además, ajena a la finalidad contemplada en la función del proceso (v.gr., la obtención de respuesta a la cuestión planteada).⁴⁰

Si bien nos resulta imposible acometer el ejercicio de casuística que permitiera establecer el ámbito de intervención de las normas de defensa de la competencia en estos casos, sí cabría esbozar unos principios a tal efecto. Así, como principio general, se puede establecer que, cuando el ejercicio de acciones persiga un resultado anticompetitivo mediante la obtención de una resolución fundada en Derecho, difícilmente podrá negarse la existencia de “justa causa litigandis”, salvo cuando el fundamento de la acción resida en un conducta previa fraudulenta o engañosa del actor (v.gr., la invocación judicial de un derecho obtenido fraudulentamente). Por otra parte, cuando se pueda acreditar que el instrumento para conseguir la obstaculización de la competencia no es la resolución del órgano judicial o administrativo sino el uso – que no el resultado – de los procedimientos entablados en sí mismos, por su aptitud para dilatar en el tiempo una determinada situación susceptible de obstaculizar el proceso competitivo, cabría considerar la ausencia de este presupuesto esencial para justificar la intervención represiva de las normas de defensa de la competencia. No obstante, para determinar la ausencia de “justa causa litigandis” en estos supuestos, en nuestra opinión, seguirá siendo preciso atender a la pretensión o pretensiones que constituyan el objeto de las acciones legales entabladas para poder concluir, sin duda alguna, que el

las normas de defensa de la competencia sin que, en mi opinión, resultara vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

⁴⁰ Por ejemplo, cuando un uso sistemático, insistente e incoherente de los procedimientos ponga de manifiesto una intención instrumental por la que el actor no persiga obtener una respuesta a los contenciosos planteados sino la depredación o exclusión de los competidores reales o potenciales. La intención instrumental y anticompetitiva puede resultar, por ejemplo, de conductas procesales del actor, como el desistimiento de las acciones interpuestas una vez que el verdadero propósito perseguido – v.gr., depredar o excluir al competidor – se ha conseguido; o el replanteamiento insistente de cuestiones previamente desestimadas: “no responde a la buena fe procesal, el replanteamiento de un asunto que se sabía no había prosperado, en primera instancia y abuso manifiesto a la jurisdicción en la petición reconvenional que reproduce el litigio e incluso fraude procesal al mantener vivos dos procesos sobre la misma cuestión” STS (Sala de lo Civil), núm. 942/1998 de 17 octubre, FD Segundo.

Para un buen ejemplo de una estrategia litigiosa en la que resultaba razonable concluir que, en su conjunto, las acciones judiciales y administrativas entabladas estaban claramente dirigidas con una finalidad anticompetitiva, distinta de la obtención de respuesta a las cuestiones planteadas en los distintos contenciosos, véase la Sentencia N^o 47/2006, de 5 de diciembre de 2006, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de la República de Chile, en la que se declaró que la empresa productora de sal, Sociedad Sal Punta Lobos, S.A. (SPL), había abusado de su posición de dominio en los mercados de la sal y portuario de embarque de sal de la Región de Tarapacá, mediante la imposición de barreras artificiales a la entrada de nuevos competidores. En particular, SPL, que controlaba el único puerto económicamente viable para transportar la sal en el territorio nacional chileno, Puerto Palillos, había desplegado una estrategia de acciones administrativas y judiciales tendentes a impedir la adquisición por la denunciante, Cordillera, del control de Puerto Patache (entonces controlado por Endesa) y la conversión de éste, en tanto que infraestructura controlada por terceros, en una alternativa a Puerto Palillos para el transporte de la sal. En atención a las pretensiones de SPL en las ocho acciones judiciales y administrativas entabladas, evaluadas en su conjunto (en algunas de ellas, obtuvo medidas cautelares favorables a sus pretensiones, si bien, en cuanto al fondo, todas ellas acabaron siendo desestimadas por los respectivos órganos decisorios) y, en particular, a la incompatibilidad de algunas de ellas entre sí, o intereses contradictorios ante distintos tribunales, éstas fueron consideradas constitutivas de abuso de derecho por resultar manifiesto que su utilización había sido dictada por fines distintos a los que por su naturaleza les correspondía. Véanse, en particular, los razonamientos contenidos en los considerandos Octogésimo tercero a Nonagésimo quinto de la Sentencia disponible en http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_47_2006.pdf.

procedimiento correspondiente – y no el resultado del mismo – es el instrumento para obtener un resultado anticompetitivo. Entendemos que la motivación para entablar una acción legal determinada no tiene por qué ser exclusivamente la de obtener el resultado estimatorio de la pretensión. En este sentido, tratándose de una acción aislada, cuando quepa concluir que la pretensión objeto de la acción correspondiente tiene una base legal objetiva, más difícil resultará establecer, como exclusiva motivación de tal acción, su uso instrumental u obstaculizador.

Siendo, por tanto, la ausencia de “justa causa litigandis” el presupuesto esencial para aplicar las normas de defensa de la competencia al ejercicio abusivo o anticompetitivo del derecho fundamental a litigar, se plantea el problema adicional de determinar cómo y en qué momento habrá de acreditarse la concurrencia de tal presupuesto. Esta cuestión incide directamente en la virtualidad del ejercicio vejatorio del derecho de acción como ilícito anticompetitivo. En efecto, en la medida que adoptemos una posición absolutista en relación con el derecho fundamental, en línea con la doctrina jurisprudencial antes reseñada sobre el “abuso del derecho y derecho a litigar”, cabría invocar que la ausencia de “justa causa litigandis” sólo podrá extraerse del contenido de la sentencia, o resolución que resuelva sobre la pretensión objeto de la acción ejercitada (solución *ex post* o retrospectiva). Por el contrario, desde un enfoque pragmático, cabrá aceptar que el órgano encargado de aplicar las normas de competencia pueda evaluar la concurrencia de este elemento, aun cuando el órgano competente de conocer de la pretensión no haya tenido ocasión de pronunciarse (solución *ex ante* o prospectiva).

En principio, la primera solución parecería resultar más garantista del derecho fundamental que la segunda. Por otra parte, la segunda solución postularía un ejercicio de ponderación de los intereses en conflicto. Sin embargo, esta última solución plantea el problema de que haya de ser el órgano competente para decidir sobre la naturaleza anticompetitiva de una acción quien sustituya al órgano judicial en cuanto a la apreciación del carácter abusivo de la misma. Y es que, el ejercicio anticompetitivo del derecho fundamental entra de lleno en la figura eminentemente judicial del abuso del derecho.⁴¹ Además, las normas de competencia no pueden entenderse como un límite legal o norma reguladora del ejercicio del derecho fundamental de acceso a los tribunales.⁴² Lo anterior conduce a considerar que, quizás, la figura del ejercicio anticompetitivo del derecho a litigar pudiera tener más virtualidad o efectividad en el marco de la aplicación privada de las normas de defensa de la competencia, a título de reconvención, cuando procesalmente sea posible. En este sentido, es preciso recordar la doctrina jurisprudencial en cuanto a la exigencia de cautela para calificar de abusiva una determinada conducta procesal, en particular, la pertinencia de atender al contenido esclarecedor de las resoluciones judiciales dictadas por los órganos competentes para conocer de las acciones presuntamente abusivas.⁴³

⁴¹ Sobre la construcción de una doctrina del abuso de derechos fundamentales, véase SAJÓ, A., “Abuse of Fundamental Rights or the Difficulties of Purposiveness”, en SAJO, A. “*The Dark Side of Fundamental Rights*”. Eleven Publishers, 2006.

⁴² En efecto, si por lo que respecta, al menos, a las disposiciones de la Ley española de Defensa de la Competencia, éstas pretendieran ser aplicadas como un límite al ejercicio del derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 de nuestra Constitución, tal concepción de estas normas sería de todo punto inconstitucional, toda vez que, por virtud del Artículo 53.1, en relación con el Artículo 81.1 de la Constitución Española, la regulación del ejercicio y límites a los derechos y libertades fundamentales, comprendidos en el Capítulo Segundo, sólo cabe establecerlos mediante ley orgánica. Por otra parte, esta concepción estaría supeditando el ejercicio del derecho fundamental a la consecución de una función social o económica que, aun con un valor constitucional, resultaría de dudosa aceptación.

⁴³ “*En cuanto a la interposición de la denuncia y posterior querrela criminal esta Sala comparte el ponderado criterio de la Sala juzgadora de instancia; como dice la Sentencia de 31 enero 1992, citada en la aquí recurrida, **el proceso en sí es ejercicio de un derecho constitucional a la tutela efectiva, que si no siempre ha de producir el éxito de la acción, no permite en***”

Dejando abierta la disyuntiva anterior, en la sección siguiente analizaremos la interpretación, que del presupuesto esencial de ausencia de “justa causa litigandis”, cabe extraer de la práctica decisoria estadounidense. Esta incursión se nos antoja necesaria por la experiencia que ha acumulado la discusión de esta cuestión como consecuencia de los muy numerosos y variados casos sobre los que ya han tenido ocasión de pronunciarse en los Estados Unidos de América sus autoridades y tribunales.

2. La práctica decisoria estadounidense.

El ejercicio del derecho a litigar como práctica anticompetitiva contraria a las disposiciones de la *Sherman Act* se ha construido como una excepción a la inmunidad *antitrust* derivada del derecho constitucional de petición de la Primera Enmienda.⁴⁴ Esta inmunidad se conoce como la doctrina *Noerr-Pennington*, que expondremos a continuación, y cuya denominación responde a dos de los casos en los que el Tribunal Supremo americano tuvo ocasión de formularla por vez primera (*infra* 2.1). Seguidamente, explicaremos cómo el ejercicio anticompetitivo del derecho a litigar o “*sham litigation*” se ha formulado como excepción a la aplicación de la doctrina de inmunidad citada (*infra* 2.2). Por último, nos referiremos a la visión o interpretación que, de esta doctrina, ha hecho pública la *Federal Trade Commission*, como principal autoridad administrativa encargada de perseguir las prácticas anticompetitivas a nivel federal (*infra* 2.3).

2.1. La doctrina *Noerr-Pennington*.

El principio general que sintetiza esta doctrina es que, salvo en determinados supuestos excepcionales, las acciones unilaterales o concertadas destinadas a influir en las decisiones de los poderes públicos (v.gr., legislativo, ejecutivo o judicial) no pueden constituir un ilícito sancionado por la legislación *antitrust*, aun cuando estas acciones tengan por objeto o efecto restringir la competencia o perjudicar o interferir en las actividades comerciales de los competidores.

El primer caso en el que el Tribunal Supremo americano tuvo ocasión de formular el principio de inmunidad enunciado se remonta a 1961. En *Eastern Railroad Presidents Conference c. Noerr Motor Freight Inc.*⁴⁵, el Tribunal Supremo rehusó condenar a un grupo de empresas ferroviarias, que habían conseguido que el gobierno del Estado de Pennsylvania limitara la carga máxima que podía transportarse en las carreteras del Estado, consiguiendo con ello una ventaja competitiva respecto de las empresas de transporte por carretera. En concreto, el grupo de

modo alguno extraer o generalizar que el fracaso o el abandono de una acción revele el carácter abusivo de un intento de ejercicio. La mera posibilidad jurídica de admitir un proceso tendente a obtener la reparación de los daños causados por otro proceso está admitida en la Ley Orgánica del Poder Judicial en su art. 11, en el Código Civil, art. 7.1 y 2, cuando exigen respetar la buena fe y prescriben situaciones procesales constitutivas de abuso de derecho o fraude procesal. También lo admite la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 noviembre 1984). **Pero la calificación de actuación abusiva ha de ser tomada con exquisito cuidado y riguroso análisis de la conducta procesal abusiva, para no coartar el ejercicio de acciones, así como con estricto estudio de las resoluciones judiciales cuyo contenido puede ser esclarecedor.**” (el subrayado es nuestro) STS (Sala de lo Civil) núm. 670/1996, de 31 de julio, Rec. núm. 3468/1992, Fundamento de Derecho Segundo.

⁴⁴ Para un estudio comparado del derecho de petición, véase ÁLVAREZ CARREÑO, S.M., “*El Derecho de Petición. Estudio de los sistemas español, italiano, alemán, comunitario y estadounidense*”, Ed. Comares, Granada 1999.

⁴⁵ 365 U.S. 127 (1961).

empresas imputadas había llevado a cabo, a través de un tercero, una campaña publicitaria dirigida contra los transportistas por carretera, como consecuencia de la cual, el gobernador del Estado vetó una ley aprobada por el legislativo, por la que se había aprobado el aumento de carga permisible para los transportistas por carretera. Los transportistas demandaron a las empresas ferroviarias, a su asociación sectorial y a la agencia de publicidad por infracción de la normativa antitrust, quienes fueron condenados por el tribunal del distrito y el tribunal de apelación. El Tribunal Supremo, sin embargo, en un fallo unánime, casó las sentencias de instancia y apelación.

El alto Tribunal empleó los fundamentos siguientes: (i) que no cabe oponer a las empresas restricciones de la competencia que sean el resultado de actos válidos de los poderes públicos⁴⁶; (ii) que, aun cuando la distinción esencial entre acuerdos para influir en los poderes públicos y los acuerdos y prácticas tradicionalmente prohibidos por la *Sherman Act* pueda no ser del todo conclusiva, *prima facie*, esta distinción esencial constituye un impedimento para invocar las normas de defensa de la competencia contra las acciones concertadas de varias empresas, o decisiones de sus asociaciones, que tengan por objeto influir en los poderes públicos para que adopten una medida determinada de la que resulte una restricción a la competencia⁴⁷; (iii) que sostener la aplicación de las normas de defensa de la competencia en estos casos, supondría reconocer que éstas no se limitan a regular la actividad comercial de las empresas, sino también su actividad política, pudiendo quedar así cuestionado el principio de representación democrática y, por consiguiente, la necesidad de que los poderes públicos escuchen las peticiones de los particulares⁴⁸; y (iv) que, en última instancia, las acciones de los particulares dirigidas a influir a los poderes públicos para que adopten medidas determinadas, representan una actividad protegida por el derecho constitucional de petición, cuyo ejercicio está garantizado en la Primera Enmienda, no pudiendo imputar al Congreso, a la ligera, su intención de invadir los derechos y libertades constitucionales mediante la aplicación de la legislación antitrust.⁴⁹

⁴⁶ Citándose en *Standard Oil Co., of New Jersey v. United States*, el Tribunal Supremo recuerda: “it has been held that where a restraint upon trade or monopolization is the result of valid governmental action, as opposed to private action, no violation of the Act can be made out. These decisions rest upon the fact that under our form of government the question whether a law of that kind should pass, or if passed be enforced, is the responsibility of the appropriate legislative or executive branch of government so long as the law itself does not violate some provision of the Constitution”. 365 U.S. 135-136 (1961).

⁴⁷ “We think it equally clear that the Sherman Act does not prohibit two or more persons from associating together in an attempt to persuade the legislature or the executive to take particular action with respect to a law that would produce a restraint or a monopoly. Although such associations could perhaps, through a process of expansive construction, be brought within the general proscription of ‘combination(s) * * * in restraint of trade,’ they bear very little if any resemblance to the combinations normally held violative of the Sherman Act, combinations ordinarily characterized by an express or implied agreement or understanding that the participants will jointly give up their trade freedom, or help one another to take away the trade freedom of others through the use of such devices as price-fixing agreements, boycotts, market-division agreements, and other similar arrangements. This essential dissimilarity between an agreement jointly to seek legislation or law enforcement and the agreements traditionally condemned by s 1 of the Act, even if not itself conclusive on the question of the applicability of the Act, does constitute a warning against treating the defendants’ conduct as though it amounted to a common-law trade restraint”. 365 U.S. 136-137 (1961).

⁴⁸ “In the first place, such a holding would substantially impair the power of government to take actions through its legislature and executive that operate to restrain trade. In a representative democracy such as this, these branches of government act on behalf of the people and, to a very large extent, the whole concept of representation depends upon the ability of the people to make their wishes known to their representatives. To hold that the government retains the power to act in this representative capacity and yet hold, at the same time, that the people cannot freely inform the government of their wishes would impute to the Sherman Act a purpose to regulate, not business activity, but political activity, a purpose which would have no basis whatever in the legislative history of that Act”. 365 U.S. 137 (1961).

⁴⁹ “[...]such a construction of the Sherman Act would raise important constitutional questions. The right of petition is one of the freedoms protected by the Bill of Rights, and we cannot, of course, lightly impute to Congress an intent to invade these freedoms” 365 U.S. 138 (1961).

Aplicando los anteriores fundamentos al caso concreto, el Tribunal Supremo consideró que las actividades denunciadas de las empresas imputadas no podían resultar prohibidas por el artículo 1 de la *Sherman Act*. No obstante la posición absolutista mantenida por esta sentencia respecto de los derechos fundamentales de la Primera Enmienda, en *obiter dicta*, el Tribunal Supremo no descartó la posibilidad de excepcionar la aplicación de esta doctrina en situaciones en las que, al amparo de un derecho constitucional, se trataran de encubrir acciones espurias o vejatorias (“*sham*”) dirigidas a interferir directamente en las relaciones o actividades comerciales de los competidores.⁵⁰

Cuatro años después de fallar *Noerr*, en *United Mine Workers c. Pennington*⁵¹, el Tribunal Supremo aplicó la doctrina de inmunidad para exculpar a un grupo de empresas mineras y a los representantes sindicales de sus trabajadores quienes, por medio de determinadas acciones ante la autoridad laboral estatal (*Secretary of Labor*), consiguieron que se estableciera un salario mínimo superior para los empleados de aquellas empresas que vendieran su carbón a la *Tennessee Valley Authority* (TVA) y, al mismo tiempo, limitar la adquisición de carbón, por esta última, a aquellas empresas que asumieran el incremento del salario mínimo. Con estas medidas, las empresas y representantes sindicales trataban de eliminar la competencia de los pequeños productores de carbón, pues el aumento del salario mínimo se había fijado de manera que no pudiera ser cumplido por estos últimos, imposibilitándoles así suministrar a la TVA. Tanto el juzgado de distrito como el tribunal de apelación fallaron a favor de los pequeños productores, que reconvinieron contra los primeros por violación de la normativa antitrust. Interpretaron que la inmunidad formulada en *Noerr* no podía extenderse a las peticiones cuyo fin no es otro que promover una conspiración anticompetitiva. El Tribunal Supremo casó y reenvió el asunto al tribunal de instancia, aclarando que la doctrina *Noerr*, no sólo es aplicable a las peticiones dirigidas a los poderes legislativo y ejecutivo, sino también a las agencias públicas que administran o implementan políticas concretas.

De una forma algo escueta, el más alto Tribunal federal declaró que los esfuerzos coordinados para influir en las decisiones de autoridades o funcionarios públicos no constituyen una conspiración o concertación prohibida por las normas de defensa de la competencia, aunque persigan eliminar la competencia; que esta conducta no puede ser reputada ilegal, ya sea por sí sola, ya forme parte de una estrategia o esquema de conducta que sí viole la *Sherman Act*.⁵² No obstante esta última afirmación, el Tribunal reconoció la posibilidad de admitir como prueba los esfuerzos de *lobbying*, u otras manifestaciones del ejercicio del derecho de petición protegido, para acreditar la existencia de otras conductas no inmunes a las normas de competencia.⁵³

⁵⁰ “*There may be situations in which a publicity campaign, ostensibly directed toward influencing governmental action, is a mere sham to cover what is actually nothing more than an attempt to interfere directly with the business relationships of a competitor and the application of the Sherman Act would be justified*”. 365 U.S. 144 (1961). La aplicación por el Tribunal Supremo americano del derecho constitucional de petición a una campaña publicitaria, en lugar de considerar otro derecho fundamental, como el derecho a la libertad de expresión, ha sido criticada, entre otros, por ZAUMER, R.A., “The Misapplication of the Noerr-Pennington Doctrine to non Antitrust Right To Petition Cases”, *Stanford Law Review*, núm. 5, 1984.

⁵¹ 381 U.S. 657 (1965). Esta sentencia también fue muy importante por cuanto contribuyó a definir las fronteras entre el derecho laboral y el derecho de defensa de la competencia.

⁵² “*Joint efforts to influence public officials do not violate the antitrust laws even though intended to eliminate competition. Such conduct is not illegal, either standing alone or as part of a broader scheme itself violative of the Sherman Act*” 381 U.S. 670.

⁵³ “*It would, of course, still be within the province of the trial judge to admit this evidence, if he deemed it probative and not unduly prejudicial, under the “established judicial rule of evidence that testimony of prior or subsequent transactions, which for some reason are barred from forming the basis for a suit, may nevertheless be introduced if it tends reasonably to show the purpose and character of the particular transactions under scrutiny”* . 381 U.S. 672.

2.2. La formulación de “*sham litigation*” como excepción a la inmunidad *Noerr-Pennington*.

La última de las sentencias a la que haremos referencia como contribución a la construcción de la doctrina de inmunidad es *California Motor*.⁵⁴ En esta sentencia, el Tribunal Supremo Americano, al mismo tiempo que extiende la inmunidad *Noerr* al ejercicio de acciones ante órganos administrativos y jurisdiccionales, también formula y aplica la excepción a la citada inmunidad.

En *California Motor* un grupo de empresas de transporte por carretera demandó a otro grupo de empresas transportistas por conductas contrarias al artículo 1 de la *Sherman Act*, dirigidas a monopolizar la actividad de transporte de mercancías por carretera. De acuerdo con los demandantes, los demandados habían conspirado con el citado fin, mediante la interposición de acciones administrativas y judiciales contra las solicitudes de los primeros para la obtención de los preceptivos derechos de transporte en California.

Actuando el Juez Douglas como ponente de la mayoría, después de afirmar que el derecho de petición abarca igualmente el derecho de acceso a los tribunales, el Tribunal Supremo estableció con toda claridad que, mantener que un grupo de empresas con intereses comunes no pueden, sin violar la normativa *antitrust*, acudir a los tribunales o agencias administrativas en defensa de sus derechos e intereses, supondría una violación de sus legítimos derechos fundamentales de petición y asociación.⁵⁵

No obstante lo anterior, recordando la sentencia *Noerr* y, en particular, el *obiter dicta* que contemplaba la posibilidad de excepcionar la inmunidad en determinados supuestos, el Tribunal resolvió reenviar el asunto al juzgador de instancia, considerando que, a diferencia de *Noerr*, en este caso, los demandados no pretendían influir en las decisiones de funcionarios públicos, sino obstaculizar a sus competidores el acceso a los tribunales de justicia mediante la interposición de toda una batería de acciones, con o sin fundamento, susceptibles de privar efectivamente a los competidores de tal acceso.⁵⁶

En esta sentencia, el Tribunal Supremo americano traza una distinción entre el ejercicio del derecho fundamental ante órganos políticos, por un lado, y ante órganos resolutorios o jurisdiccionales, por otro, sometiendo, de esta forma, la inmunidad *Noerr-Pennington* a un diferente

⁵⁴ *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*, 404 U.S. 508 (1972).

⁵⁵ “*The right of access to the courts is indeed but one aspect of the right of petition. [...] We conclude that it would be destructive of rights of association and of petition to hold that group with common interests may not, without violating the antitrust laws, use the channels and procedures of state and federal agencies and courts to advocate their causes and points of view respecting resolution of their business and economic interests vis-à-vis their competitors*”, Id. 404 U.S. 510-511. La fundamentación constitucional del derecho de acceso a los tribunales por el Tribunal Supremo americano no está clara. A partir de *Wolff v. MacDonell*, 418 U.S. 539,579 (1974), parece más claramente fundamentado en la cláusula de “*due process*”.

⁵⁶ “*In the present case, however, the allegations are not that the conspirators sought “to influence public officials”, but that they sought to bar their competitors from meaningful access to adjudicatory tribunals, and so to usurp that decision making process. It is alleged that petitioners [los demandados en primera instancia] “instituted proceedings and actions...with or without probable cause, and regardless of the merits of the case”. The nature of the views pressed does not, of course, determine whether First Amendment rights may be invoked; but they may bear upon a purpose to deprive the competitors of meaningful access to the agencies and courts. As stated in the opinion concurring in the judgment, such a purpose or intent, if shown, would be “to discourage and ultimately to prevent the respondents [los demandantes en primera instancia] from invoking “the processes of the administrative agencies and courts, and thus fall within the exception of Noerr”*. Id. 404 U.S. 512-513.

patrón según el escenario en el que el ejercicio de petición se ejercite.⁵⁷ Una regla general que cabe extraer de esta doctrina jurisprudencial es que, cuanto más permeable, menos reglado y más políticamente dirigido sea el procedimiento público utilizado, más posibilidades tendrá una estrategia anticompetitiva, incluidas aquellas conductas fraudulentas o abusivas, de beneficiarse de la inmunidad.⁵⁸

Si bien en *California Motor*, el Tribunal Supremo estableció como excepción relevante a la inmunidad *Noerr*, en primer lugar, la derivada del ejercicio fraudulento del derecho de petición⁵⁹, como categoría de la excepción formulada, la “*sham litigation*” también contemplaría el abuso de los procedimientos, entendido, en primer lugar, como el conjunto de reclamaciones repetidas y/o sin fundamento objetivo entabladas con la finalidad de interferir en las relaciones comerciales de los competidores.

Conviene mencionar que, con anterioridad a *California Motor*, el Tribunal Supremo había iniciado una línea jurisprudencial, que sin mencionar *Noerr-Pennington*, instituyó la excepción del fraude como límite al acceso a los tribunales para hacer valer derechos fraudulentamente obtenidos. Esta doctrina, conocida como *Walker Process*,⁶⁰ ha sido tradicionalmente considerada aplicable en el ámbito de los derechos de propiedad industrial, en particular, de los derechos de patente. En este caso, el actor había presentado una demanda por infracción de patente sobre un sistema de ventilación usado para el tratamiento de aguas residuales. El demandado reconvino con una demanda por infracción de la Sección 2 de la *Sherman Act* por monopolizar el mercado mediante la obtención y mantenimiento fraudulentos de la patente invocada de contrario. El Tribunal Supremo sostuvo que, el oponer judicialmente una patente conseguida fraudulentamente puede constituir una violación de la Sección 2 de la *Sherman Act*, siempre y cuando los otros elementos de la infracción estén probados.⁶¹ Si bien *Walker Process* no se construye a partir de la doctrina *Noerr-Pennington*, no es menos cierto que, como se ha señalado, *Walker Process* establece el fraude en la obtención del derecho invocado ante los tribunales como una excepción a la inmunidad frente a la aplicación de las normas de competencia que, en el ámbito del derecho del libre acceso a la jurisdicción, será relevante como un claro supuesto de ausencia de “justa causa litigandis”.⁶²

⁵⁷ “There are many other forms of illegal and reprehensible practice which may corrupt the administrative or judicial processes and which may result in antitrust violations. Misrepresentations, condoned in the political arena, are not immunized when used in the adjudicatory process. Opponents before agencies or courts often think poorly of the other’s tactics, motions, or defenses and may readily call them baseless. 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 produced an illegal result, viz., effectively barring respondents from access to the agencies and courts. Insofar as the administrative or judicial processes are invoked, actions of that kind cannot acquire immunity by seeking refuge under the umbrella of “political expression”. Id. 404 U.S. 513.

⁵⁸ HURWITZ, op. cit., *supra* nota 34, pág. 82.

⁵⁹ *Vid supra* Nota 57. La excepción de fraude en *California Motor* ha de considerarse formulada a título de “*obiter dicta*”, pues ni se alegaba ni se probó en el caso la comisión de fraude alguno por los demandados.

⁶⁰ *Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp.*, 382 U.S. 172 (1965).

⁶¹ “Walker’s counterclaim alleged that Food Machinery obtained the patent by knowingly and willfully misrepresenting facts to the Patent Office. Proof of this assertion would be sufficient to strip Food Machinery of its exemption from the antitrust laws. By the same token, Food Machinery’s good faith would furnish a complete defense. This includes an honest mistake as to the effect of prior installation upon patentability -- so-called “technical fraud.” To establish monopolization or attempt to monopolize a part of trade or commerce under § 2 of the Sherman Act, it would then be necessary to appraise the exclusionary power of the illegal patent claim in terms of the relevant market for the product involved. Without a definition of that market, there is no way to measure Food Machinery’s ability to lessen or destroy competition” Id. 382 U.S. 176-177.

⁶² Véase, ELHAUGE, E., “Making sense of Antitrust Petitioning Immunity”, *California Law Review*, Vol. 80 (1992), págs. 1117-1251; LAO, M., op.cit., *supra* nota 17, pág. 1020 ss.; HOVEKAMP, H.J., op.cit. *supra* nota 34, pág. 1.

La generalidad y amplitud, tanto de la doctrina *Noerr-Pennington* como del concepto de “*sham*”, no ha facilitado la consolidación de una teoría certera para establecer cuándo la normativa antitrust puede interferir en los derechos de la Primera Enmienda y, por lo que aquí nos ocupa, el derecho de acceso a los tribunales. En este sentido, no ha sido poca la literatura jurídica americana que ha criticado la trilogía *Noerr/Pennington/California Motor* como un auténtico “batiburrillo”⁶³. Si en los años que siguieron a estos tres casos, los tribunales inferiores americanos tendieron a una aplicación excesivamente amplia del concepto de “*sham*”, no habría que esperar mucho más para que el Tribunal Supremo intentara aportar algo más de coherencia a la doctrina de la inmunidad y sus excepciones con una nueva trilogía de casos⁶⁴, si bien, cambiando radicalmente la orientación que los tribunales inferiores habían adoptado hasta entonces, reduciendo notablemente el concepto de “*sham*” y ampliando, en consecuencia, el ámbito de la inmunidad.

Por lo que respecta a la aplicación de la doctrina en el contexto del ejercicio del derecho de acceso a los tribunales, en *Professional Real Estate Investors* (“*PRE*”), el Tribunal Supremo estableció los límites de la inmunidad *Noerr* al citado derecho. En *PRE*, Columbia Pictures, titular de derechos de propiedad intelectual sobre obras cinematográficas, demandó al operador hotelero, Professional Real Investors, por infracción de los derechos de comunicación pública al alquilar a sus huéspedes vídeos de películas para su visión en las habitaciones de los hoteles. Professional Real Investors reconvino invocando que Columbia Pictures, siendo consciente de la falta de fundamento de su acción, la había interpuesto como instrumento de una estrategia anticompetitiva contraria a la *Sherman Act*.⁶⁵

Acogiendo las consideraciones de la Corte de apelación, que había desestimado la demanda *antitrust*, el Tribunal Supremo estableció la exigencia de dos requisitos cumulativos, uno objetivo y otro subjetivo, para determinar cuándo procede privar de la inmunidad *Noerr* al ejercicio del derecho a litigar. En primer lugar, se debe establecer que la acción carece objetivamente de fundamento (“*objectively baseless*”). Una vez acreditada la concurrencia de este requisito, se deberá establecer, en segundo lugar, que la acción fue interpuesta para interferir directamente en las relaciones comerciales del competidor, mediante el uso instrumental o anticompetitivo del procedimiento y no mediante el resultado del mismo.⁶⁶ Si bien Columbia Pictures vio desestimada su demanda por infracción del derecho de comunicación pública⁶⁷, confirmando las resoluciones

⁶³ Véase, v.gr., LAO, M., op. cit. *supra* nota 17, pág. 978 y notas del texto.

⁶⁴ *Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc.*, 486 U.S. 492 (1988); *City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising, Inc.*, 499 U.S. 365 (1991); *Professional Real Estate Investors, Inc., v. Columbia Pictures Industries, Inc.*, 508 U.S. 49 (1993).

⁶⁵ Professional Real Investors, con su sistema de venta de aparatos de vídeo para habitaciones de hoteles, competía con el sistema de licencia de comunicación de películas por cable de Columbia Pictures en el mercado de los servicios de entretenimiento ofrecidos en las habitaciones de los hoteles. *Professional Real Estate Investors, Inc., v. Columbia Pictures Industries, Inc.*, 508 U.S. 52.

⁶⁶ “*We now outline a two-part definition of “sham” litigation. First, the lawsuit must be objectively baseless in the sense that no reasonable litigant could realistically expect success on the merits. If an objective litigant could conclude that the suit is reasonably calculated to elicit a favourable outcome, the suit is immunized under Noerr, and an antitrust claim premised on the sham exception must fail. Only if challenged litigation is objectively meritless may a court examine the litigant’s subjective motivation. Under this second part of our definition of sham, the court should focus on whether the baseless lawsuit conceals “an attempt to interfere directly with the business relationships of a competitor”, Noerr, supra, at 144 (emphasis added), through the “use [of] the governmental process – as opposed to the outcome of that process – as an anticompetitive weapon”, Ibid, 508 U.S. 60-61.*”

⁶⁷ Citando al Juzgado de distrito que conoció de las acciones: “*Although I decided against [Columbia], the case was far from easy to resolve, and it was evident from the opinion affirming my order that the Court of Appeals had troubled with it as well. I find that there was probable cause for bringing the action, regardless of whether the issue was considered a question of fact or of law*”, Ibid., 508 U.S. 53.

de las instancias inferiores, el Tribunal Supremo estimó que la acción de Columbia Pictures estaba objetivamente fundamentada y que, por consiguiente, sin necesidad de indagar en el elemento subjetivo, debía beneficiarse de la inmunidad *Noerr*.⁶⁸

La formulación de “*sham*” en *PRE* ha sido criticada por su potencial excesivamente restrictivo de la excepción y, en consecuencia, demasiado extensivo de la inmunidad *Noerr* frente a la aplicación de las normas de competencia.⁶⁹ Las primeras voces críticas se encuentran entre algunos de los propios jueces del Tribunal Supremo que, si bien, de forma unánime, concurrieron con la decisión del ponente, el Juez Thomas, discreparon con determinados aspectos de la misma.

Por una parte, el Juez Souter, en su voto concurrente⁷⁰, aceptando la necesidad de adoptar un elemento objetivo en el test propuesto para determinar la existencia de “*sham litigation*”, critica la ambigüedad de la sentencia en la interpretación del requisito de que la acción no tenga fundamento objetivo (“*objectively baseless*”). Aceptando interpretar este requisito en el sentido que, ningún litigante razonable esperaría obtener de forma realista una resolución favorable de fondo, sin embargo, el Juez Souter no comparte que el citado requisito pueda considerarse equivalente a que la acción o demanda no tenga causa probable o razonable (“*probable cause*”), como parece sostener la sentencia en la elaboración del elemento objetivo del test propuesto.⁷¹ Profundizando en este reproche del Juez Souter a la sentencia, se ha criticado la reducción a la que conduciría el estándar de la falta de “causa probable”, que si bien constituye el estándar adoptado para el ilícito de la “prosecución maliciosa” (“*malicious prosecution*”)⁷², supondría excluir sin justificación las acciones entabladas con abuso de procedimiento (“*abuse of process*”), ilícito distinto del anterior y que, en *common law*, disfruta de un estándar más amplio, pudiendo abarcar aquéllas acciones que, aun con “causa probable”, resulten frívolas o vejatorias por perseguir fines impropios o ajenos al proceso.⁷³ En este sentido, se ha apuntado cómo pueden existir acciones que, aún contando con

⁶⁸ “*In light of the unsettled condition of the law, Columbia plainly had probable cause to sue. [...] Finally, the Court of Appeals properly refused PRE’s request for further discovery on the economic circumstances of the underlying copyright litigation. [...] Thus, the District Court had no occasion to inquire whether Columbia was indifferent to the outcome on the merits of the copyright suit, whether any damages for infringement would be too low to justify Columbia’s investment in the suit, or whether Columbia had decided to sue primarily for the benefit of collateral injuries inflicted through the use of legal process. [...] Such matters concern Columbia’s economic motivations in bringing the suit, which were rendered irrelevant by the objective legal reasonableness of the litigation*”. 508 U.S. 65-66.

⁶⁹ Véase, por ejemplo, las críticas, tanto de los que postulan una intervención mínima de las normas de competencia, BORK, R.H., op. cit., *supra* nota 15, págs 347 y ss.; como de aquellos que abogan por una mayor intervención de éstas, LAO, M., op. cit., *supra* nota 17, págs. 1012 y ss y PERRINE, J.B., op. cit., *supra* nota 34.

⁷⁰ 508 U.S. 66-67.

⁷¹ Una vez formulado el elemento objetivo del test en el sentido, aceptado por el Juez Souter, que ningún litigante razonable esperaría obtener de forma realista una resolución favorable de fondo, “[t]he Court assumes that the District Court and the Court of Appeals were finding this very test satisfied when they concluded that Columbia’s suit against PRE for copyright infringement was supported by “probable cause”. 508 U.S. 66.

⁷² La figura de “*malicious prosecution*” permite entablar una acción de resarcimiento de los daños causados por una acción interpuesta sin causa probable, con intención de causar un daño y que termina a favor de la persona procesada o imputada. Por causa probable o razonable se entiende la existencia de una buena razón para creer que un ilícito, generalmente un delito, ha sido cometido o se está cometiendo.

⁷³ La figura del “*abuse of process*”, más parecida a nuestra figura del abuso del derecho, en su modalidad del “derecho a litigar”, se formula de manera más amplia que la de “*malicious prosecution*”, permitiendo reclamar daños y perjuicios contra los que interpusieran acciones frívolas o vejatorias, que persigan fines impropios del proceso, aun cuando presenten causa probable. Véanse, en este sentido, las observaciones del Juez Richard Posner en *Grip-Pack, Inc. v. Illinois Tool Works, Inc.*, 694 F.2d 466 (7th Cir. 1982): “*Still, we think it is premature to hold that litigation, unless malicious in the tort sense, can never be actionable under the antitrust laws. The existence of a tort of abuse of process shows that it has long been thought that litigation could be used for improper purposes even when there is probable cause for the litigation; and if the improper purpose is to use litigation as a tool for suppressing competition in its antitrust sense, see e.g., Products Liability Ins. Agency, Inc. v. Crum & Forster Ins. Cos., 682 F.2d 660, 663-64 (7th Cir. 1982), it becomes a matter of antitrust concern. **This is not to say that litigation is***

mérito suficiente para escapar de la calificación de carentes de “causa probable”, pueden no obstante constituir acciones sin fundamento objetivo, en el sentido que ningún litigante razonable esperaría obtener una resolución favorable.⁷⁴

La crítica más intensa a la elaboración del test de la excepción de “*sham litigation*” en la sentencia se encuentra en el voto concurrente del Juez Stevens.⁷⁵ Considerando que la sencillez del caso concreto no justificaba la formulación de este doble test, por su inadecuación para decidir casos más complejos⁷⁶, el Juez Stevens rechaza esta elaboración al constituir potencialmente un escollo para perseguir y reprimir, mediante la normativa *antitrust*, estrategias litigiosas manifiestamente anticompetitivas. En este sentido, se critica la radicalidad en la formulación del elemento objetivo del test, en particular, la naturaleza imperativa del mismo. En efecto, si una acción no satisface el elemento objetivo del test, la inmunidad se aplica automáticamente.

El Juez Stevens, en primer lugar, manifiesta su desacuerdo con la ecuación que exige una acción objetivamente infundada y la respuesta a la cuestión de si un litigante razonable podría de forma realista esperar un resultado favorable, por cuanto una respuesta afirmativa podría no obstante darse en estrategias procesales objetivamente irrazonables. Desde una perspectiva de análisis económico, de difícil aplicación por otra parte, el Juez Stevens señala, por ejemplo, cuando no obstante existir razonables expectativas de obtener una sentencia favorable, la ganancia derivada directamente de un pronunciamiento estimatorio no compensaría objetivamente los costes del procedimiento.⁷⁷ En tales casos, se debería atender a los beneficios colaterales perseguidos por el litigante y, en su caso, privarle de inmunidad antitrust aun cuando, de acuerdo con el elemento objetivo del test, resultara acreditada la existencia de una expectativa de obtener una resolución favorable. Así el Juez Stevens recuerda que en la elaboración del “*sham*” como excepción a la inmunidad *Noerr*, el Tribunal Supremo ya había aceptado la distinción entre, por un lado, el uso instrumental de los procedimientos públicos como arma anticompetitiva, al que cabría privar de la inmunidad, y, por otro lado, el resultado anticompetitivo derivado de un pronunciamiento obtenido en el ejercicio del derecho de petición, protegido por la inmunidad.⁷⁸ Igualmente, en particular, en el ámbito del derecho a litigar, se recuerda *California Motor*, donde el Tribunal Supremo había sostenido que una sucesión de acciones entabladas por un litigante, donde algunas resulten exitosas y otras no, puede constituir la base para sostener la existencia de un abuso del procedimiento.⁷⁹ En todo caso, como recuerda el Juez Stevens, la privación de la

actionable under the antitrust laws merely because the plaintiff is trying to get a monopoly. He is entitled to pursue such a goal through lawful means, including litigation against competitors. The line is crossed when his purpose is not to win a favorable judgment against a competitor but to harass him, and deter others, by the process itself -- regardless of outcome -- of litigating. (el subrayado es nuestro).

⁷⁴ LAO, M., op. cit., *supra* nota 17, pág 1025.

⁷⁵ 508 U.S. 67-76 (voto concurrente al que se adhirió la Juez O'Connor).

⁷⁶ “*I would not, however, use this easy case as a vehicle for announcing a rule that may govern the decision of difficult cases, some of which may involve abuse of judicial process*”. 508 U.S. 76.

⁷⁷ “*It might not be objectively reasonable to bring a lawsuit just because some form of success on the merits – no matter how insignificant – could be expected*”. 508 U.S. 68. Véase también la nota que acompaña el texto: “*The Court’s recent decision in Farrar v. Hobby [...], makes me wonder whether “10 years of litigation and trips to the Court of Appeals” to recover “one dollar from one defendant” [...] would qualify as a reasonable expectation of “favorable relief” under today’s opinion*”.

⁷⁸ “*As the Court recently explained, a “sham” is the use of “the governmental process – as opposed to the outcome of that process – as an anticompetitive weapon*”. *Columbia v. Omni Outdoor Advertising, Inc.* 499 U.S. 365, 380 (1991). *The distinction between abusing the judicial process to restrain competition and prosecuting a lawsuit that, if successful, will restrain competition must guide any court’s decision whether a particular filing, or series of filings, is a sham*”. 508 U.S. 68.

⁷⁹ “*Repetitive filings, some of which are successful and some unsuccessful, may support an inference that the process is being misused*”. 508 U.S. 73.

inmunidad *Noerr* no supone automáticamente una condena por violación de la normativa antitrust. A tal efecto, será preciso, en cada caso, acreditar la concurrencia de los requisitos exigidos por la citada normativa.⁸⁰

En línea con las críticas de los Jueces Souter y Stevens, se ha postulado una aplicación del test propuesto en *PRE* en la que la condición imperativa del elemento objetivo sea suavizada para, de esta forma, someter al juicio de la normativa *antitrust* aquellas estrategias litigiosas en las que, aun cuando se pudiera acreditar la existencia de una mínima expectativa razonable de obtener un pronunciamiento favorable, resultarían ser estrategias manifiestamente anticompetitivas concebidas, principalmente, con el propósito de depredar y acosar a los competidores. Así, por una parte, hay quienes abogan, como acabamos de ver, por dar un contenido más amplio – similar al estándar empleado en la figura de “*abuse of process*” – al requisito de ausencia de “fundamento objetivo” que el más restrictivo, que parece ser el sugerido por el alto Tribunal Supremo en *PRE*. Por otra parte, en la medida en que este requisito haya de recibir una interpretación restrictiva, también hay quienes abogan por modificar las consecuencias ligadas a la naturaleza imperativa del mismo. En este sentido, se postula por que, la no concurrencia del elemento objetivo no impida de forma automática la apertura de la segunda fase del test para poder indagar en la motivación del litigio, sino que suponga una presunción refutable de ausencia de “*sham*” que, en su caso, todavía podría ser desvirtuada por el demandante antitrust, siempre que pudiera acreditar que el demandado antitrust entabló el litigio de forma instrumental y como elemento de una estrategia anticompetitiva o predatoria más amplia.⁸¹

Con todas las salvedades y críticas apuntadas, *PRE* constituye hoy la doctrina jurisprudencial vigente en Estados Unidos para determinar la existencia de un abuso del derecho a litigar, que justifica la privación de la inmunidad constitucional de la Primera Enmienda frente a la aplicación de la normativa *antitrust*. En línea con la doctrina más autorizada, también habría que completar la excepción de “*sham litigation*” con la doctrina *Walker Process* antes apuntada, de forma que, la invocación de un derecho fraudulentamente obtenido también prive de inmunidad antitrust al litigante que pretenda hacer valer tal derecho en un procedimiento contencioso.

2.3. Las perspectivas de la *Federal Trade Commission* sobre la aplicación de la doctrina *Noerr-Pennington*.

En Noviembre de 2006, la *Federal Trade Commission* (“FTC”) hizo público un documento titulado “*Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine*”.⁸² El documento ofrece el punto de vista de la FTC del ámbito de aplicación de la inmunidad *Noerr* frente a la aplicación de la normativa antitrust, así como unas recomendaciones para determinar cuándo su intervención estaría justificada.

Considerando la amplitud y generalidad de la doctrina *Noerr-Pennington*, la dificultad de extraer unas directrices claras para delimitar su ámbito de aplicación y, en última instancia, la necesidad de ponderar los costes y beneficios de una interpretación excesivamente amplia de la inmunidad conferida por esta doctrina, el documento se centra, en particular, en tres tipos de conducta que, en el ejercicio aparente de derechos constitucionales, pueden resultar aptos para

⁸⁰ “*The rare plaintiff who successfully proves a sham must still satisfy the exacting elements of an antitrust demand*”. 508 U.S. 75.

⁸¹ Véase, PERRINE, J.B., op. cit., *supra* nota 34, págs. 839 y ss.

⁸² “*Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine. An FTC Staff Report 2006*”. www.ftc.gov/reports/P013518enfperspectNoerr-Penningtondoctrine.pdf.

obtener beneficios anticompetitivos: (i) las notificaciones, declaraciones o informaciones facilitadas a órganos públicos en el marco de procedimientos correspondientes al ministerio o gobierno del Estado (“*ministerial government acts*”); (ii) las manifestaciones o declaraciones falsas o fraudulentas a un órgano decisorio fuera de un contexto puramente político (“*misrepresentations*”); y (iii) el ejercicio del derecho de petición (ya sea mediante la interposición de acciones judiciales o administrativas o mediante solicitudes de adopción de decisiones regladas a los poderes públicos) de forma reiterada e instrumental, sin atención al mérito de las mismas, con el objeto de menoscabar la competencia (“*repetitive petitioning*”). Tras examinar la aplicación jurisprudencial de la doctrina *Noerr-Pennington*, el documento de la FTC recoge una serie de recomendaciones encaminadas a clarificar o limitar la aplicación de la inmunidad a los tipos de conducta antes apuntados.

El primer tipo de conductas objeto del documento de la FTC, no se refiere al derecho a litigar. Se trata de todos aquellos supuestos en los que sujetos privados, sea o no preceptivo, realizan notificaciones, declaraciones o informan de las condiciones de ejercicio de un derecho u obligación ante los órganos del Estado, sin una expectativa razonable de que éstos vayan a adoptar acto alguno de conformidad respecto al contenido de tales comunicaciones. En la medida en que el órgano ministerial o administrativo competente no tenga discrecionalidad para actuar sobre el contenido de estas comunicaciones, no existirá ejercicio alguno del derecho de petición propiamente dicho. Parece lógico que, en estos supuestos, donde no se está ejercitando ningún derecho constitucional, no quepa invocar inmunidad alguna. En este sentido, salvo que cupiera ampararse en un principio similar al nuestro de confianza legítima⁸³, resulta obvia la conclusión de la FTC respecto a la procedencia de aplicar las normas de competencia a las prácticas o conductas anticompetitivas que pretendan ampararse en estos llamados “actos ministeriales”.⁸⁴

En cuanto al segundo tipo de conductas objeto del documento (v.gr., las comunicaciones falsas o fraudulentas a un órgano decisorio fuera del contexto puramente político⁸⁵), remitiéndose a su caso, *Unocal*⁸⁶, la FTC establece los fundamentos que justifican la intervención de las normas de competencia cuando, por virtud de comunicaciones falsas o engañosas, o de la invocación de un derecho fraudulentamente obtenido, se pueda lograr del órgano decisorio correspondiente un resultado anticompetitivo.

En este caso, que concluyó por terminación convencional (“*consent decree*”), la FTC abrió expediente a la petrolera Unocal, por haber realizado manifestaciones falsas y engañosas sobre sus

⁸³ Este principio de origen alemán (*Vertrauensschutz*), se orienta a la preservación del valor de la seguridad jurídica y del sistema de economía de mercado frente a la acción, eventualmente incontrolada o sin las cautelas suficientes, de los poderes públicos. El principio de confianza legítima permite invocar la existencia de una conducta, manifestada en ciertos actos del poder público, que ha hecho generar cierta confianza en que se actuaría en un determinado sentido a un sector de ciudadanos o colectivos determinados. Tras la reforma introducida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, este principio se encuentra expresamente reconocido en el artículo 3 de la LRJPAC. Sobre este principio, in extenso, véase CASTILLO BLANCO, *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Madrid, 1998.

⁸⁴ Como ejemplo de este tipo de conductas, la FTC se refiere al caso *Litton Systems v. American Telephone & Telegraph Co.* [700 F.2d 785 (2d Cir. 1983)], en el que se discutía la naturaleza anticompetitiva de una tarifa aplicada por la, entonces, operadora monopolista, AT&T, que invocaba la doctrina *Noerr-Pennington*, al haber notificado sus tarifas al regulador estadounidense de las telecomunicaciones, la FCC.

⁸⁵ La razón para distinguir el contexto político de otros contextos donde los poderes públicos adoptan decisiones reside en que, en estos últimos, los poderes públicos, ya sean órganos administrativos o judiciales, adoptan sus decisiones en la expectativa de que las informaciones facilitadas por los sujetos privados no son engañosas.

⁸⁶ *Union Oil Co. Of Cal.*, FTC Dkt. No. 9305 (2004), todos los dictámenes, decretos y demás documentos pertinentes a esta caso pueden ser consultados en <http://www.ftc.gov/os/adjpro/d9305>.

derechos de patente al organismo público competente para adoptar determinada normativa de estandarización, el *California Air Resources Board-CARB*. Por virtud de las manifestaciones falsas de Unocal, el *CARB* fue inducido a adoptar un estándar industrial que implicaba la utilización de unos derechos de patente propiedad de Unocal, que ésta no había revelado y que, de haber sido finalmente implantado, hubiera supuesto la necesidad de obtener licencias sobre los citados derechos. De esta forma, de acuerdo con la FTC, se hubiera producido un incremento anual de los costes de consumo de gasolina de cientos de millones de dólares para los consumidores. En su decisión, con base en la jurisprudencia existente⁸⁷, la FTC resolvió que, una comunicación falsa o engañosa realizada en el marco de un procedimiento resolutorio, priva automáticamente de inmunidad *antitrust* a quien pretenda obtener, mediante tal comunicación, una ventaja anticompetitiva, siempre que (i) la comunicación falsa o engañosa sea deliberada, verificable y constituya el elemento central para la resolución del procedimiento o del caso⁸⁸; y que (ii) sea posible demostrar y remediar el resultado anticompetitivo sin menoscabar la integridad del órgano resolutorio defraudado.⁸⁹

Por último, por lo que respecta al ejercicio sistemático del derecho de petición, haciéndose eco de las apreciaciones del Juez Stevens en su voto concurrente emitido en *PRE* (*supra* 2.2), así como al amparo de las consideraciones del Tribunal Supremo en *California Motor* (*supra* 2.1), la FTC considera, que el doble test establecido por el Tribunal Supremo en *PRE* no resulta apropiado para patrones de conducta consistentes en el ejercicio de sucesivas y numerosas acciones judiciales o administrativas, que con base objetiva o sin ella, se han concebido como estrategia anticompetitiva con la intención de interferir directamente en las relaciones comerciales de los competidores.

Como exponente de una aplicación conciliadora y ponderada de la doctrina del Tribunal Supremo, la FTC invoca las decisiones de las Cortes de apelación del Noveno y Segundo Circuitos adoptadas, respectivamente, en los casos *USS-POSCO*⁹⁰ y *Primetime 24*.⁹¹ En los citados casos, ambos órganos judiciales aplicaron *California Motor* para sostener que, un patrón de conducta consistente en el uso reiterado de procedimientos judiciales y/o administrativos, sin atención al mérito inherente en cada una de las acciones o demandas interpuestas y con la intención de dañar a los competidores, es susceptible de quedar privado de la inmunidad *Noerr* y sujeto, por consiguiente, a la aplicación de la normativa *antitrust*. Lo anterior ha de ser así, incluso en los supuestos en que alguna de las acciones o demandas, en particular, pudiera tener una base objetiva en el sentido establecido en *PRE*.

Con base en los casos citados, la FTC distingue entre lo que sería una evaluación retrospectiva y una evaluación prospectiva. En casos similares al que fue objeto de la sentencia del Tribunal Supremo en *PRE*, donde la conducta anticompetitiva que se invocaba sólo consistía en la interposición de una acción legal, se postula un análisis retrospectivo. Tal análisis implica que, si la acción o demanda resulta tener una base o fundamento objetivo, no cabrá indagar en la intención

⁸⁷ En particular, *Walker Process*, *supra* nota 60, *California Motor*, *supra* nota 54.

⁸⁸ Véase, “*Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine...*”, pág. 27.

⁸⁹ Este requisito implica que la aplicación de la normativa *antitrust* no debe suponer una valoración nueva de un asunto que haya sido válidamente resuelto por el órgano resolutorio afectado: “*It should be clear that antitrust enforcement in these circumstances is not challenging government action itself, but rather attacking a private misrepresentation that effectively supplanted government action*”. *Similarly, application of the misrepresentation exception must not interfere unnecessarily with the governmental decision-making process*” *Ibid*, pág. 28.

⁹⁰ *USS-POSCO Indus. v. Contra Costa County Bldg. & Constr. Trades Council*, 31 F.3d 800 (9th Cir. 1994).

⁹¹ *Primetime 24 Joint Venture v. Nat'l Broad. Co.*, 219 F.3d 92 (2d Cir. 2000).

con la que se ha entablado el procedimiento correspondiente, siendo inmune, por consiguiente, a la normativa antitrust. Por el contrario, la interposición sucesiva o persistente de un determinado número de acciones, precisa de un examen prospectivo sobre la intención instrumental y anticompetitiva en el uso de los procedimientos correspondientes, incluso aunque algunas de las acciones legales examinadas no cumplan el elemento objetivo del test establecido por el Tribunal Supremo en *PRE*, es decir, cuenten con un fundamento objetivo. La FTC considera que el abuso de procedimientos administrativos o judiciales, mediante el ejercicio reiterado de acciones legales (*“pattern exception”*), constituye un supuesto distinto al considerado por el Tribunal Supremo en *PRE*. Por consiguiente, en opinión de la FTC, el examen prospectivo, que propone para este tipo de conductas, no vulneraría la doctrina jurisprudencial aplicada en *PRE* al no concurrir una identidad de supuestos. Sin embargo, es preciso apuntar la dificultad, e incluso incoherencia, en la aplicación del examen prospectivo propuesto por la FTC que, por otra parte, se extrae de su propio documento.

Así, en el primero de los casos reseñados como exponente de la aplicación de la denominada *“pattern exception”*, *USS-POSCO*, la Corte de apelación del Noveno Circuito, acabó exculpando a los demandados de la acción antitrust con base en que, de las veintinueve acciones legales interpuestas contra los actores, los primeros habían conseguido ganar quince y, por consiguiente, los segundos no habían conseguido satisfacer la carga de la prueba necesaria para enervar la inmunidad *Noerr*. Al considerar la proporción de procedimientos ganados por los demandados, y no obstante haber postulado un examen prospectivo, la Corte de apelación, sin embargo, no dejó de aplicar el elemento objetivo del test establecido por el Tribunal Supremo en *PRE*.

Por otra parte, la propia FTC reconoce cómo, de momento, la *“pattern exception”* no ha tenido demasiado predicamento en la mayor parte de los tribunales. Así, en primer lugar, no queda claro cuántas acciones legales serían necesarias para establecer que estamos ante un caso de *“pattern exception”*. Tampoco, si atender a la proporción de procedimientos ganados, debe constituir una prueba circunstancial o decisiva a efectos de la aplicación del examen prospectivo propuesto. En este último caso, la prospección postulada para los supuestos de *“pattern exception”* siempre acabaría integrando un examen retrospectivo.

III. LA PRÁCTICA DECISORIA DE LOS ÓRGANOS COMUNITARIOS Y ESPAÑOLES.

En la práctica decisoria de nuestro entorno, la cuestión de si el ejercicio del derecho a litigar puede constituir, en determinadas circunstancias, un ilícito contrario a las normas de defensa de la competencia, ha sido abordada en muy escasas ocasiones.

Por lo que respecta a la práctica decisoria comunitaria (*infra* apartado 1), sin perjuicio de hacer mención a algunos precedentes en los que la cuestión ha sido tímidamente tratada, *ITT Promedia* es el único caso en que, de forma directa y genuina, se ha afrontado la tesis del derecho a litigar como ilícito anticompetitivo. En cuanto a la práctica decisoria de los órganos españoles (*infra* apartado 2), hasta la fecha, las pocas veces en que la cuestión ha sido planteada, se ha esquivado y, en algunas ocasiones, ha sido confinada al ámbito de los ilícitos desleales.

1. La práctica decisoria de los órganos comunitarios.

Hasta el momento, *ITT Promedia* ha sido el único caso en que la Comisión Europea ha aventurado unos criterios para determinar cuándo el ejercicio del derecho a litigar puede constituir un ilícito anticompetitivo.⁹² Por su parte, si bien el Tribunal de Primera Instancia confirmó la decisión de la Comisión en el citado asunto⁹³ y, en particular, la aplicación por la Comisión de los citados criterios, no cabe afirmar que éstos hayan sido efectivamente acogidos por el órgano jurisdiccional.⁹⁴ Por consiguiente, a nivel comunitario, no contamos con una doctrina jurisprudencial sobre los criterios que hayan de otorgar relevancia *antitrust* al abuso del derecho fundamental de acceso a los tribunales. Menos aún, cabrá afirmar la existencia de un ilícito anticompetitivo autónomo y ajeno a las tradiciones constitucionales y principios de respeto de los derechos fundamentales comunes a los Estados miembros; tradiciones y principios que, por otra parte, el Tribunal de Justicia se encarga de garantizar.⁹⁵

Con carácter previo a analizar los criterios construidos por la Comisión Europea en este asunto, así como la proyección de los mismos con posterioridad⁹⁶, nos referiremos a dos precedentes en los que, de forma tangencial, la Comisión tuvo ocasión de confrontar esta cuestión.

Así, en el asunto *BBI/Boosey & Hawkes*⁹⁷, en el que la Comisión acordó medidas cautelares contra determinadas negativas de suministro, los reclamantes alegaban que, como parte de las medidas abusivas desplegadas por la empresa denunciada, ésta había emprendido “acciones legales injustificadas ante los tribunales británicos por infracción de derechos de autor, de las que, ulteriormente, la empresa se vio obligada a desistir, pero que produjeron efectos económicos adversos en los reclamantes”.⁹⁸ No abordando directamente la cuestión⁹⁹, la Comisión sólo parece considerar estas acciones legales como medidas que formarían parte de una estrategia más amplia de exclusión u obstaculización desplegada por la denunciada. En tal sentido, la existencia de tales acciones legales contribuyó a reforzar la conclusión de la Comisión acerca del fin anticompetitivo perseguido con las negativas de suministro objeto de la decisión.¹⁰⁰

Aunque el ejercicio anticompetitivo de acciones legales tampoco fue objeto de la decisión de la Comisión, el asunto *Decca Navigator System*¹⁰¹ contempla la situación en la que la empresa denunciada, el fabricante de equipos electrónicos de navegación Racal Decca, había estudiado las posibilidades de éxito que tendría la interposición de acciones de infracción de derechos de propiedad intelectual y de competencia desleal, como parte de una estrategia más amplia, para reaccionar contra el uso por sus rivales de receptores DNS competidores de los suyos propios. Los hechos probados de la decisión ponen de manifiesto, que la estrategia litigiosa contemplada

⁹² Decisión de la Comisión Europea, de 21 de mayo de 2006, relativa a la denuncia IV/35.268 de ITT Promedia NV. No publicada en el DOCE.

⁹³ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de julio de 1998, Asunto T-111/96, *ITT Promedia NV c. Comisión*.

⁹⁴ *Ibid.*, par. 57 y 58.

⁹⁵ *Vid.*, *supra* nota 2 y texto al que se refiere.

⁹⁶ En particular, en el asunto *Astra Zeneca*, *vid. supra* nota 23.

⁹⁷ Decisión de la Comisión Europea, de 29 de julio de 1987, Asunto IV/32.279, *BBI/BOOSEY & HAWKES: Medidas provisionales* (DOCE de 9 de octubre de 1987, L 286/36).

⁹⁸ *Ibid.*, apartado 9.

⁹⁹ “La presente Decisión no aborda directamente las alegaciones de acciones legales injustificadas y otras tácticas hostiles, sino tan sólo el cierre de las cuentas y la negativa, por parte de B&H, a suministrar a los reclamantes”. *Ibid.*, apartado 11.

¹⁰⁰ “[...] la negativa a suministrar a GHH y RCN, y otras medidas adoptadas contra ellas para hacer frente a la amenaza que parecía constituir BBI, parecen ir más allá, en las circunstancias de este caso, de lo que podría calificarse de legítima defensa de los intereses comerciales de B&H”. *Ibid.*, apartado 19.

¹⁰¹ Decisión de la Comisión Europea, de 21 de diciembre de 1988, Asuntos IV/30.979 y 31.394, *Decca Navigator System* (DOCE de 15 de febrero de 1989, L 043/27).

finalmente no fue llevada a la práctica por cuanto los asesores de Racal Decca habían considerado que tales acciones no eran “muy esperanzadoras”¹⁰², que “no existía base alguna”¹⁰³ para las reclamaciones o que “iniciar una acción legal sin ninguna posibilidad real de éxito y sin ninguna base jurídica conduciría, tarde o temprano, a una situación embarazosa”¹⁰⁴. Si la estrategia litigiosa de Racal Decca se hubiera puesto en práctica, teniendo en cuenta el objeto anticompetitivo perseguido con la misma, cabe preguntarse si la sola interposición de las correspondientes acciones legales hubiera sido suficiente para declarar la existencia de una infracción contraria al artículo 82 del TCE. Como veremos a continuación, a la vista de los criterios formulados por la propia Comisión en *ITT Promedia*, e interpretados por el Tribunal de Primera Instancia, no resultaría tan evidente que la primera pudiera haber fundado el carácter temerario o vejatorio de tales acciones, exclusivamente, en pruebas autoinculpatorias y abstrayéndose de lo que pudiera haber resultado de las resoluciones de los órganos competentes para conocer de tales acciones.

1.1. El asunto *ITT Promedia*.

En *ITT Promedia*, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia¹⁰⁵ resolvía el recurso de anulación interpuesto contra la decisión de la Comisión¹⁰⁶, que había archivado la denuncia presentada por ITT Promedia NV (“ITT”) contra el antiguo operador monopolista belga de telecomunicaciones, Belgacom SA. En cuanto a los hechos que dieron origen a la denuncia y posterior contencioso¹⁰⁷, ITT había ostentado el derecho exclusivo de publicar las guías telefónicas en Bélgica, originariamente concedido por la RTT, empresa pública predecesora de Belgacom. La concesión de estos derechos expiraba en 1995 y, dos años antes, las partes habían comenzado a negociar un nuevo acuerdo. Las negociaciones se rompieron en 1994, a las que sucedieron toda una serie de demandas y reconvenciones interpuestas por las partes.¹⁰⁸

En 1994, ITT presentó una denuncia ante la Comisión contra Belgacom, por infracción del artículo [82] del Tratado. ITT alegaba que Belgacom había abusado de su posición dominante, entre otras cosas, “al entablar contra la demandante procedimientos contenciosos ante los órganos jurisdiccionales belgas con temeridad”.¹⁰⁹ La Comisión desestimó este aspecto de la denuncia mediante la decisión impugnada, de 21 de mayo de 1996.

En la decisión impugnada, aceptando que el ejercicio de acciones judiciales podría eventualmente constituir un abuso de posición dominante, la Comisión consideró que, como expresión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, tal ejercicio no podrá considerarse abusivo, a menos que:

“una empresa que tiene una posición dominante ejercite acciones judiciales i) de las que no pueda considerarse razonablemente que tengan por objeto hacer valer sus derechos y que, por tanto, sólo puedan

¹⁰² Ibid, apartado 22.

¹⁰³ Ibid, apartado 23.

¹⁰⁴ Ibid, apartado 25.

¹⁰⁵ *Vid supra* nota 93.

¹⁰⁶ *Vid supra* nota 92.

¹⁰⁷ Asunto T-111/96, *supra* nota 93, par. 6 y ss.

¹⁰⁸ Ibid., par. 12-14 y 20-21.

¹⁰⁹ Ibid, par. 22. Respecto a una de las quejas (el precio de venta de los datos de abonados), sobre la que la Comisión dirigió un pliego de cargos, ésta fue finalmente objeto de un acuerdo entre la Comisión y Belgacom en 1997.

servir para hostigar a la parte contraria, y ii) que estén concebidas en el marco de un plan cuyo fin sea suprimir la competencia”¹¹⁰

Tal como queda glosado en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia:

*“El **primero** de los dos criterios **significa**, según la Comisión, **que la acción judicial debe carecer manifiestamente de todo fundamento desde un punto de vista objetivo. El segundo indica, por su parte, que la acción judicial debe tener por objeto la eliminación de la competencia**” (el subrayado es nuestro).¹¹¹*

Aplicando estos dos criterios cumulativos a los hechos probados, la Comisión concluyó que las acciones judiciales ejercitadas por Belgacom no podían constituir un abuso de posición dominante, por cuanto resultaba razonable considerar que éstas tenían como fin hacer valer los derechos de la denunciada.¹¹²

En concreto, Belgacom había ejercitado tres acciones ante los tribunales belgas, dos a modo de reconvencción contra sendas demandas de ITT, y una demanda contra la que esta última reconvino. Belgacom vio desestimadas sus tres acciones por los tribunales belgas. Respecto de las dos primeras, la Comisión consideró que, tratándose de reconvencciones, difícilmente cabría considerarlas concebidas en el marco de una estrategia dirigida a eliminar la competencia. No se trataba, por tanto, de acciones autónomas que Belgacom hubiera ejercitado con la finalidad de hostigar a ITT, como alegaba ésta, sino con el objeto de defender y hacer valer los derechos que consideraba suyos.¹¹³ Respecto de la tercera acción, la Comisión, igualmente, consideró que la demanda de Belgacom contra ITT tenía como fin la defensa de un derecho que creía suyo, derivado de compromisos contractuales con ITT.¹¹⁴

Toda vez que, en su recurso, ITT no censuraba la formulación de los criterios aplicados a las acciones judiciales de Belgacom, sino su aplicación, el Tribunal de Primera Instancia, como se ha indicado¹¹⁵, no consideró necesario pronunciarse sobre la procedencia de la elección de estos criterios por la Comisión, sino verificar si los mismos fueron aplicados correctamente. Y, en línea con la cautela anticipada por la Comisión, el Tribunal se ampara en las tradiciones constitucionales y de respeto a los derechos fundamentales de los Estados miembros para fundamentar, como auténtica excepción, la aplicación de las normas de competencia al ejercicio abusivo del derecho a litigar. Así, al Tribunal subrayó con carácter de principio:

“que la posibilidad de hacer valer los derechos propios en vía judicial y el control jurisdiccional que ello implica es la expresión de un principio general del Derecho que es básico en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y que fue igualmente consagrado por el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950. [...] Dado que la tutela judicial es un derecho fundamental y un principio general que garantiza el

¹¹⁰ Asunto T-111/96, *supra* nota 93, par. 31.

¹¹¹ *Ibid*, par. 56.

¹¹² *Ibid*, par. 41.

¹¹³ *Ibid*, par. 31-37 y 42.

¹¹⁴ *Ibid*, par. 39.

¹¹⁵ Vid *supra* nota 93 y texto que la acompaña.

*respeto del Derecho, únicamente en circunstancias excepcionales el ejercicio de una acción judicial podrá constituir un abuso de posición dominante en el sentido del artículo [82] del Tratado”.*¹¹⁶

Para a continuación, añadir que,

*“[...] al constituir una **excepción** al principio general de tutela judicial que garantiza el respeto del Derecho, **los dos criterios acumulativos deben interpretarse y aplicarse restrictivamente**, de modo que no se frustre la aplicación del principio general”* (el subrayado es nuestro).¹¹⁷

Por lo que respecta al examen efectuado en la sentencia para verificar la correcta aplicación por la Comisión de los criterios por ella enunciados, el Tribunal estimó acertada la conclusión de la Comisión acerca de la no concurrencia del primero de los requisitos. En particular, conviene subrayar las consideraciones del Tribunal sobre la correcta apreciación de la Comisión en cuanto al acierto de estimar que, para determinar si este requisito se cumple, se habría de tomar en consideración la situación existente en el momento en que se ejercita la acción.

En el sentido anterior, es importante destacar que, las dos primeras acciones judiciales ejercitadas por Belgacom tenían por objeto hacer valer unos derechos amparados por el marco normativo belga, que regulaba la edición de guías telefónicas, y cuya compatibilidad con el Derecho comunitario estaba siendo igualmente objeto de los contenciosos correspondientes. Pues bien, habida cuenta esta circunstancia, ITT alegaba que la Comisión debería haber examinado si el citado marco normativo que, según la recurrente, no proporcionaba ningún fundamento a los derechos invocados por Belgacom, era, siquiera en apariencia, compatible con el Derecho comunitario para, en caso contrario, haber estimado la concurrencia del primer requisito. El Tribunal rechaza esta alegación. Toda vez que, en el momento en que Belgacom hizo valer judicialmente sus derechos, el marco normativo belga no había sido invalidado, el Tribunal estimó que ésta podía razonablemente considerar suyos tales derechos, añadiendo además que,

*“dicha interpretación del primero de los dos criterios acumulativos haría prácticamente imposible la tutela judicial de las empresas en posición dominante, que, para no correr el peligro de incurrir en una infracción del artículo [82] del Tratado por el único motivo de haber ejercitado una acción judicial, deberían asegurarse, antes de ejercitar dicha acción, de que el marco normativo en el que basan sus derechos es compatible con el Derecho comunitario”.*¹¹⁸

Otro aspecto importante que nos interesa subrayar de la sentencia, en línea con el anterior, es el que incide en la virtualidad para que la autoridad de competencia, en este caso la Comisión, pueda efectivamente aplicar, de forma autónoma y prospectiva, el primero de los criterios formulados que, en realidad, no es otro distinto que la ausencia manifiesta de “justa causa litigandis”.

En este sentido, respecto a la negativa de Belgacom a ceder a la recurrente los datos de abonados que ésta solicitaba y que la primera defendió mediante la segunda acción judicial, ITT alegaba que la Comisión no estaba aplicando correctamente el primero de sus criterios, por cuanto siguiendo el razonamiento de ésta en la decisión impugnada, “la Comisión nunca podría

¹¹⁶ Asunto T-111/96, *supra* nota 93, par. 60.

¹¹⁷ *Ibid*, par. 61.

¹¹⁸ *Ibid*, par. 95.

comprobar el carácter abusivo de una acción temeraria, porque, de hacerlo, su apreciación sustituiría a la de los órganos jurisdiccionales nacionales”.¹¹⁹ Abundando en esta alegación, ITT argumentaba que lo anterior resultaba contradictorio, pues si la Comisión podía llegar a estimar, como hizo, que las acciones judiciales de Belgacom no eran abusivas porque, con arreglo al marco normativo vigente, ésta podía razonablemente considerar suyos los derechos invocados, también la Comisión debería ser capaz de afirmar lo contrario. Frente a esta alegación, transcribimos la respuesta de la Comisión recogida en la sentencia:

“sería inaceptable que las empresas que ocupan una posición dominante sólo puedan acceder a los órganos jurisdiccionales nacionales en los casos en que la procedencia de sus acciones sea, en opinión de la Comisión, jurídicamente correcta. Una tesis semejante supondría privar a dichas empresas de derechos fundamentales que sólo deben negarse cuando su ejercicio es abusivo. Además, si emitiera consideraciones sobre la procedencia de una acción ejercitada ante órganos judiciales nacionales, la opinión de la Comisión sustituiría, de hecho, a la del Juez nacional tanto en lo que atañe a las cuestiones de Derecho nacional como a las de Derecho comunitario, lo que [citando las sentencias Delimitis y Postbank/Comisión] llevaría a negar la competencia conjunta de la Comisión y de los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación del artículo [82] del Tratado” (el subrayado es nuestro).¹²⁰

De forma similar a la doctrina jurisprudencial estadounidense recogida en *PRE*¹²¹, la Comisión parece estar postulando un examen retrospectivo para determinar la concurrencia del primer requisito o manifiesta ausencia de “justa causa litigandis”. Dicho de otro modo, la apreciación acerca de si la correspondiente acción judicial carece manifiestamente de todo fundamento desde un punto de vista objetivo, sólo podrá derivarse de lo resuelto por el órgano jurisdiccional competente para conocer de la acción.¹²² Por su parte, sin abundar en lo anterior, el Tribunal de Primera Instancia se limitó a confirmar la decisión de la Comisión en este aspecto.¹²³

Por último, respecto a la aplicación de los criterios formulados por la Comisión a la tercera de las acciones judiciales ejercitadas por Belgacom como demandante, en nuestra opinión, no se trataría de un supuesto genuino de ejercicio anticompetitivo del derecho a litigar. Esto es así por cuanto, lo que subyacía en el recurso de ITT, no era tanto el carácter abusivo de la acción judicial de Belgacom como el carácter anticompetitivo de los derechos invocados por Belgacom o del contrato por virtud del cual ésta los tenía atribuidos.

¹¹⁹ Ibid, par. 110.

¹²⁰ Ibid, par. 111.

¹²¹ Vid *supra*, Sección II, apartado 2.2.

¹²² Subrayamos el hecho que, con respecto a esta segunda acción judicial, fue con posterioridad a la decisión impugnada de la Comisión de 21 de mayo de 1996, que el Tribunal de Commerce de Bruxelles, mediante sentencia de 11 de junio de 1996, estimó las pretensiones de ITT, desestimó la reconvencción de Belgacom por infundada, si bien, también desestimó la solicitud de daños y perjuicios presentada por ITT, alegando que la reconvencción de Belgacom era temeraria. El Tribunal de Commerce consideró que no se había demostrado que Belgacom hubiera abusado de su derecho a ejercitar acciones judiciales. Véase, Asunto T-111/96, *supra* nota 92, par. 14.

¹²³ “Esta apreciación no puede quedar desvirtuada por la respuesta que se dé a la cuestión de si la negativa de Belgacom a suministrar los datos de abonados era o no contraria al artículo [82] del Tratado. En efecto, un examen de dicha cuestión no habría podido demostrar que la segunda acción judicial de Belgacom no tenía como fin hacer valer derechos que, en el momento de ejercitar dicha acción, podía razonablemente considerar suyos y que dicha acción sólo servía, por tanto, para hostigar a la demandante. Esta cuestión correspondía, pues, al examen de fondo, que incumbía al Juez nacional ante el cual se ejercitó la segunda acción judicial”. Ibid, par. 117.

En efecto, Belgacom había demandado a ITT con base en el contrato de 1984, por el que se concedía a ITT el derecho exclusivo por diez años para la publicación y distribución de la guía telefónica oficial, en nombre de la concedente, y las guías comerciales, en nombre propio. En la citada demanda, Belgacom solicitaba que ITT le transfiriera determinados derechos de propiedad industrial así como determinados datos y conocimientos comerciales. ITT se opuso a la demanda, oponiendo la nulidad del contrato por ser contrario al artículo [81] del Tratado, y reconvino contra Belgacom alegando la temeridad de la acción.¹²⁴ Por otra parte, ITT había presentado una denuncia contra Belgacom en la que alegaba que ésta había infringido los artículos [81] y [82] del Tratado, al celebrar el citado contrato y al tratar de obtener su ejecución.¹²⁵

En nuestra opinión, tanto la Comisión como el Tribunal, no dejaron de proceder con cierta inercia, al aplicar a esta tercera acción judicial de Belgacom los criterios establecidos por la Comisión para determinar cuándo el ejercicio de una acción judicial puede constituir una conducta anticompetitiva.¹²⁶ Consideramos que, en estos casos, el juicio de ilicitud no debería ir dirigido contra la acción judicial en sí misma considerada, sino contra el contenido del derecho o el contrato cuya ejecución se pretendiera obtener por vía de la citada acción. En algún asunto posterior, la Comisión ha dado a entender que la acción judicial podría ser, en su caso, considerada un agravante del verdadero ilícito anticompetitivo, lo que, en nuestra opinión, resultaría cuestionable.¹²⁷

De la sentencia comentada cabe interpretar que, el anclaje del fundamento para la aplicación de las normas de competencia al ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción, no puede ser otro que el representado por la figura del abuso del derecho aplicado a este derecho fundamental. En este sentido, las autoridades de competencia difícilmente podrán escapar de las tradiciones constitucionales de los Estados donde ejercen su jurisdicción para, al amparo de la normativa antitrust, construir una modalidad distinta de abuso de este derecho fundamental. Otra cosa sería si, por lo que respecta a los artículos 81 y 82 del Tratado, con inspiración en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y en el marco de la estructura y de los objetivos de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia delimitara los contornos, en el ámbito comunitario, del derecho fundamental de acceso a la jurisdicción, así como unas condiciones más

¹²⁴ En su sentencia de 11 de diciembre de 1996, el Tribunal de Commerce de Bruxelles declaró nulo el contrato invocado por Belgacom, desestimando así la demanda de ésta. Por otra parte, no considerando la demanda temeraria, desestimó igualmente la reconvención de ITT por infundada, precisando el Tribunal que, el no haber apreciado correctamente un acuerdo no podía constituir, de por sí, prueba de mala fe en el ejercicio de la acción. Ibid, par. 21.

¹²⁵ Como se indica en la sentencia, por decisión de 29 de abril de 1997, la Comisión había desestimado dicha denuncia por inexistencia de interés comunitario. Ibid, par. 147.

¹²⁶ La Comisión también concluyó que esta tercera acción judicial ejercitada por Belgacom no cumplía el primero de los dos criterios cumulativos definidos por ella, al no haber aportado ITT ningún elemento de hecho o de Derecho que precisara las razones por las que las pretensiones de Belgacom excedían de lo previsto en el contrato. Ibid, par. 129. Por su parte, el Tribunal, se limitó a concluir que la Comisión había motivado suficientemente la decisión impugnada en este aspecto. Ibid, par. 131 y 132.

¹²⁷ Véase, por ejemplo, TOWNSEND, J.M., "The Case for Site Licenses", *E.C.L.R.* (1999), pág. 170, donde el autor analiza el pliego de cargos de la entonces DG IV de la Comisión Europea contra ARCO Chemical (Asunto IV/E-2/36.233): "Rather the Statement of Objections treated the arbitration commenced by ARCHO Chemical as an aggravation of the perceived violation". La consideración como circunstancia agravante de hacer valer en un procedimiento contencioso un derecho, un contrato o una práctica, que en el momento del ejercicio de la correspondiente acción, sólo podrían ser presuntamente anticompetitivos, podría suponer, además, una vulneración del principio constitucional de *ne bis in idem*.

precisas a las que debiera responder toda intervención en la esfera de protección de este derecho para prevenir su abuso.¹²⁸

1.2. La proyección de ITT Promedia en la práctica decisoria posterior: *AstraZeneca*.

En el asunto *AstraZeneca*.¹²⁹, después de una investigación de seis años, la Comisión multó a la empresa anglosueca AstraZeneca¹³⁰, con sesenta millones de euros, por hacer un uso ilegal de la normativa aplicable a las patentes y autorizaciones de medicamentos. Es el primer caso en el que la Comisión sanciona a una empresa por infracción del artículo 82 del Tratado por la manipulación de los procedimientos administrativos para, en el caso concreto, con el objeto de retrasar la entrada de genéricos en el mercado, ampliar la protección de la patente de un medicamento mediante tácticas fraudulentas.¹³¹

Las conductas abusivas sancionadas por la Comisión consistieron, concretamente en, por una parte, (i) la realización deliberada de declaraciones incorrectas o engañosas ante oficinas nacionales de patentes, agentes de patentes y tribunales de justicia con el objeto de obtener y hacer valer los denominados “certificados complementarios de protección” para la patente del “omeprazole”, principio activo del “Losec”, un medicamento contra la úlcera¹³²; y por otra parte, en (ii) la realización de una estrategia destinada a retirar selectivamente la formulación original de Losec en cápsulas por tabletas, cursando, al mismo tiempo, peticiones a los órganos nacionales para cancelar las autorizaciones de comercialización del medicamento en cápsulas en determinados países.¹³³

En cuanto a la primera conducta sancionada, el abuso consistía en proporcionar información falsa o engañosa a las autoridades competentes, con el resultado de una ampliación de la patente.¹³⁴ Como consecuencia del éxito de las acciones de AstraZeneca, se consideró que la

¹²⁸ Señalamos en este sentido que, hasta tanto la Carta de Derechos Fundamentales (*supra* nota 2) no se integre en normas vinculantes, el artículo 6 del TUE dispone un sistema tripartito de protección de los derechos fundamentales (TUE; CEDH y Constituciones de los Estados Miembros) y que, por su parte, el artículo 53 de la Carta de Derechos Fundamentales orienta a los tribunales comunitarios a aplicar el nivel de protección más elevado.

¹²⁹ Vid *supra* nota 23.

¹³⁰ En concreto, a la sociedad sueca, AstraZeneca AB, y a la empresa inglesa, AstraZeneca plc.

¹³¹ Con anterioridad, la Comisión había considerado que el recurso a un procedimiento administrativo no podría constituir, por sí mismo, un abuso de posición dominante. Véase, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de noviembre de 2000, Asunto T-5/97, *Industrie des poudres sphériques SA v. Comisión*. En este asunto, el denunciante ante la Comisión, y posterior recurrente ante el TPI, alegaba la utilización abusiva del procedimiento antidumping por la denunciada bajo la premisa de toda una serie de prácticas dilatorias desplegadas por esta última. Como se indica en la sentencia: “Desde el inicio del procedimiento, la Comisión insistió en que la utilización de un instrumento legítimo del Derecho comunitario, como el procedimiento en materia de dumping, no podía considerarse en sí misma constitutiva de un abuso en el sentido del artículo 86 del Tratado”. Además, también se alegaba el intento de la denunciada de comunicar datos engañosos a la Comisión durante el procedimiento antidumping, sobre lo que el Tribunal declaró: “es preciso recordar que el procedimiento antidumping y, especialmente, el Reglamento 2423/88 atribuye a la Comisión las facultades necesarias para comprobar los datos aportados por las partes con motivo de una investigación”. Par. 200.

¹³² Decisión *AstraZeneca*, vid *supra* nota 23, pág. 198: “*AstraZeneca AB and AstraZeneca Plc have infringed Article 82 of the Treaty and Article 54 of the EEA Agreement by a pattern of misleading representations before patent offices in Belgium, Denmark, Germany, the Netherlands, Norway and the United Kingdom and before national courts in Germany and Norway*”.

¹³³ *Ibid*: “*AstraZeneca AB and AstraZeneca Plc have infringed Article 82 of the Treaty and Article 54 of the EEA Agreement by their requests for the surrender of the market authorisations for Losec capsules in Denmark, Norway and Sweden combined with their withdrawal from the market of Losec capsules and launch of Losec MUPS tablets in those three countries*”.

¹³⁴ De conformidad con el Reglamento (CEE) núm. 1768/92, del Consejo (DO L 182 de 2.7.1992, pág. 1), se podían obtener los denominados “certificados complementarios de protección”, por los que se ampliaba la protección básica

patente de Losec no había expirado, lo que impidió la entrada en el mercado de medicamentos genéricos a un precio sustancialmente inferior. Sobre la segunda práctica sancionada, la cancelación de la autorización de Losec en cápsulas, permitía a AstraZeneca impedir a los productores de genéricos obtener su autorización de comercialización, así como impedir las importaciones paralelas del medicamento original, toda vez que, tanto los productores de genéricos como los importadores paralelos precisaban de una autorización de referencia del medicamento original.

Por lo que interesa a nuestro estudio, nos centraremos en la primera práctica sancionada por la Comisión, donde *ITT Promedia* y la doctrina del litigio vejatorio o abusivo, es objeto de mención en varias ocasiones.¹³⁵ En particular, interesa subrayar algunas de las apreciaciones de la Comisión sobre el uso anticompetitivo del derecho de acceso a los procedimientos administrativos y judiciales y analizar, en qué medida, proyectan o desarrollan los criterios anticipados en *ITT Promedia*.

(i) En su decisión, la Comisión declara que el uso de la regulación y de los procedimientos públicos, incluidos administrativos y judiciales, puede, en circunstancias específicas, constituir un abuso. No estando limitado el concepto de abuso a comportamientos o prácticas realizados en el mercado, el uso incorrecto de los procedimientos puede producir en el mercado efectos anticompetitivos graves. Y el hecho de que tales efectos en el mercado dependan de la actuación adicional de una autoridad pública no excluye la existencia del abuso.¹³⁶

Adicionalmente, la Comisión recuerda como, en el examen de la eventual naturaleza abusiva de actuaciones de las empresas frente a las distintas autoridades y poderes públicos (de forma similar, a nuestro juicio, a la evolución de la doctrina estadounidense de la inmunidad *Noerr*), el Tribunal de Justicia ha trazado una distinción entre solicitudes en áreas o procedimientos donde la autoridad u órgano requerido no tendría mucha discrecionalidad para actuar sobre la solicitud correspondiente, y aquellas que, en realidad, constituirían meros intentos de influir sobre la autoridad o poder público en el ejercicio de su discrecionalidad.¹³⁷

(ii) En cuanto a la defensa en los tribunales de AstraZeneca como demandado¹³⁸, la Comisión considera que los “certificados complementarios de protección” fraudulentamente obtenidos, no sólo habían servido para que AstraZeneca pudiera amenazar e incluso demandar a competidores¹³⁹, sino que también ésta había continuado apoyándose en las engañosas

de las patentes para los medicamentos por un máximo de cinco años. El fundamento de esta protección adicional era tener en cuenta el período transcurrido entre la presentación de la solicitud de la patente y la autorización posterior para comercializar el medicamento. De acuerdo con la normativa en vigor, los medicamentos, como el Losec, que ya estaban en el mercado, sólo podían acogerse a la protección adicional si la primera autorización de comercialización en la Unión Europea hubiera sido obtenida tras determinadas fechas. Sin embargo, ocultando a determinadas oficinas de patentes la fecha de la primera autorización de comercialización, AstraZeneca consiguió obtener esta protección adicional en determinados países.

¹³⁵ Véase Decisión *Astra Zeneca*, *supra* nota 23: notas a pie de página núms. 446, 447 y 448 (pág. 80); apartado 737 y notas a pie de página núms. 597 y 598 (pág. 158) y notas a pie de página núms. 601 y 602 (pág. 159).

¹³⁶ *Ibid*, apartado 328.

¹³⁷ *Ibid*, nota a pie núm. 448 (pág. 80).

¹³⁸ Conviene precisar que la Comisión consideró que la conducta de AstraZeneca consistente, primero, en obtener los “certificados complementarios de protección” mediante declaraciones engañosas ante las oficinas nacionales de patentes y, después, invocar los anteriores ante los órganos jurisdiccionales, constituía una infracción única y de naturaleza continuada. *Ibid*, apartado 626-631.

¹³⁹ *Ibid*, apartados 231, 234 y 244.

manifestaciones iniciales para defenderse, como demandado, en los procedimientos judiciales incoados por productores de genéricos para invalidar tales certificados.¹⁴⁰

En particular, en respuesta a las alegaciones de AstraZeneca, quien apoyándose en *ITT Promedia*, había invocado que una conducta procesal defensiva no puede considerarse abusiva, la Comisión considera que, en el asunto invocado, no se llega a tal conclusión.¹⁴¹ En efecto, en *ITT Promedia* se estimó, simplemente, que la conducta procesal defensiva de la denunciada (Belgacom), por sí misma, no podía haber sido concebida como parte de un plan para eliminar a la competencia. En este caso, sin embargo, la Comisión considera que el reincidir en las manifestaciones engañosas ante los órganos judiciales, no se podría considerar aisladamente sino, más bien, como parte de una única y continua conducta abusiva.¹⁴² La Comisión establece que la actuación en un procedimiento como demandado no puede, en principio, equipararse a la conducta de iniciar procedimientos. Igualmente, considera que la iniciación de procedimientos judiciales, sólo en circunstancias excepcionales, podría considerarse una conducta abusiva contraria al artículo 82, en la medida en que, tal conducta tuviera por objeto acosar a los destinatarios de tales procedimientos, al imponerles costes y obstáculos en el mercado.¹⁴³ La Comisión no consideró necesario pronunciarse, en este caso, sobre si una conducta procesal defensiva, basada en un derecho fraudulentamente obtenido o en manifestaciones falsas, podría constituir, por sí misma, un abuso contrario al artículo 82.¹⁴⁴

(iii) Por lo que respecta a las acciones judiciales entabladas por AstraZeneca por infracción de patentes contra sus competidores en el área de la investigación de principios activos para la formulación de medicamentos competidores del Losec¹⁴⁵, todas estas acciones fueron objeto de los correspondientes acuerdos transaccionales. Reconociendo que la protección que disfrutaba AstraZeneca, bajo su patente del omeprazol y los “certificados complementarios de protección”, no era suficiente para impedir la entrada al mercado de otros medicamentos competidores, pero sí otras patentes de formulación en su poder, la Comisión consideró, no obstante, que las acciones entabladas contra sus competidores fueron suficiente para presionarles e inducirles a llegar a acuerdos favorables para AstraZeneca.¹⁴⁶

Sin embargo, respecto a estas acciones, la decisión no sugiere que fueran temerarias o abusivas. Junto con la excepcional protección que estas patentes conferían, estas acciones son consideradas por la Comisión como elementos relevantes para concluir sobre la posición de dominio en el mercado de AstraZeneca.¹⁴⁷ Sin que la decisión lo afirme expresamente, entendemos que las acciones de infracción de patentes incoadas por AstraZeneca fundadas en la amplia protección de la que legítimamente disfrutaba (v.gr., con base en patentes legítimamente

¹⁴⁰ Ibid, apartados 629, 681, 727 y 760.

¹⁴¹ Vid Sentencia del TPI, *ITT Promedia*, *supra* nota 93, par. 42.

¹⁴² Ibid, apartados 736 y 737.

¹⁴³ Ibid, apartado 738.

¹⁴⁴ Citando ITT Promedia: “*In such circumstances it is not necessary to consider whether, by itself, the conduct of a defence based on misleading representations could qualify as abusive on its own, considering that AZ knew perfectly well at the time of making the misleading representations in question that Losec could have been launched (and indeed was launched) prior to 21 March 1988, and could therefore not be said to have asserted, at that moment, rights which it could reasonably have considered to be its own*”. Ibid, apartado 739.

¹⁴⁵ Ibid, apartado 87-96.

¹⁴⁶ Ibid, apartados 520-525.

¹⁴⁷ Ibid, apartado 535.

obtenidas), sin perjuicio de poder formar parte de una estrategia anticompetitiva más amplia de exclusión, por sí mismas, no podrían ser consideradas abusivas.

(iv) Con base en el análisis de las anteriores apreciaciones recogidas en la decisión, si bien la Comisión reafirma, sin comentar o profundizar en ellos, los criterios elaborados en *ITT Promedia*, no cabe afirmar que la decisión constituya una aplicación estricta de los mismos a las conductas sancionadas. En realidad, la Comisión no considera las maniobras litigiosas desplegadas por AstraZeneca como una conducta abusiva en sí misma. Más bien, la Comisión se apoya en tales maniobras para sostener, de un lado, la posición de dominio de la empresa sancionada y para componer, de otro lado, el cuadro completo de la estrategia abusiva que AstraZeneca construyó y desarrolló a partir de la información y manifestaciones falsas y engañosas facilitadas a las oficinas de patentes.

No obstante lo anterior, a los efectos de interpretar el primero de los dos criterios elaborados en *ITT Promedia*, la decisión de la Comisión podría servir para sostener que, cuando el ejercicio del derecho de acceso a los tribunales se base en un derecho obtenido de forma fraudulenta o en informaciones falsas o engañosas, tal ejercicio carecerá manifiestamente de fundamento a los efectos de considerar abusivo el ejercicio del derecho y, además, será contrario a las normas de competencia, siempre que tuviera por objeto la eliminación de la competencia (segundo criterio) y concurrieran los demás requisitos necesarios para la aplicación de las disposiciones relevantes.¹⁴⁸

Por último, mención especial merece el vago concepto de “especialidad responsabilidad” aplicado a empresas en posición dominante en el contexto del ejercicio del derecho a litigar. En su decisión, la Comisión se refiere al deber de especial responsabilidad que exigiría a las empresas en posición de dominio una mayor diligencia que la predicable para las empresas sujetas al control natural de una competencia efectiva. En concreto, en relación con la información engañosa facilitada por AstraZeneca a las oficinas de patentes para obtener los “certificados complementarios de protección”, la Comisión afirma que este deber de especial responsabilidad también resultaría aplicable al posible uso por una empresa dominante de los diferentes procedimientos, con el fin de excluir a los competidores y, en particular, cuando las autoridades competentes para resolver o aplicar tales procedimientos gocen de poca o de ninguna discreción¹⁴⁹

Sin perjuicio del contexto limitado en el que la Comisión hizo la anterior afirmación, en nuestra opinión, extender el deber de especial responsabilidad al ejercicio de este derecho fundamental, con el resultado de imponer una limitación mayor que la exclusivamente derivada de aplicar la doctrina del abuso del derecho, supondría una limitación injustificada del derecho fundamental de acceso a la jurisdicción. Por otra parte, el Tribunal de Primera Instancia no parece haber subrayado precisamente este especial deber en *ITT Promedia*. Por el contrario, además de reiterar la interpretación restrictiva de los criterios elaborados por la Comisión, frente a las alegaciones de la denunciante que, indirectamente, exigía esta especial responsabilidad de

¹⁴⁸ Véase, en este sentido, la convergencia con la doctrina estadounidense desarrollada en *Walker Process*, y su interpretación como una modalidad más de “sham litigation”. *Supra* Sección II, apartado 2.2 y notas que acompañan 59-61.

¹⁴⁹ Véase Decisión *Astra Zeneca*, *supra* nota 23, apartado 747: “In any event, the special responsibility incumbent on dominant undertakings not to impair genuine undistorted competition on the common market also covers the possible use of public procedures or regulations with the clear purpose of excluding competitors, in particular where the authorities or bodies applying such procedures or regulations have no or little discretion (see recitals (324)-(328))”.

Belgacom, en concreto, su deber de asegurarse que el marco normativo invocado en los tribunales - que estaba siendo cuestionado - era compatible con el Derecho comunitario, el Tribunal vino a considerar que, exigir tal grado de diligencia podría vulnerar el derecho a la tutela judicial de las empresas en posición dominante.¹⁵⁰

La decisión *AstraZeneca* ha sido objeto de recurso de anulación interpuesto por la empresa sancionada. A la fecha de terminación del presente artículo, se encuentra pendiente de resolución por el Tribunal de Primera Instancia.¹⁵¹ Considerando los fundamentos de la Comisión en su decisión, así como los motivos y principales alegaciones de las recurrentes¹⁵², no cabe esperar que la sentencia que se dicte vaya a constituir una aportación interesante para la aplicación de las normas de defensa de la competencia al ejercicio del derecho fundamental a litigar.

2. La práctica decisoria de los órganos españoles.

Como hemos apuntado, son pocos los casos en los que las autoridades españolas han tenido la ocasión de aplicar las normas de defensa de la competencia al ejercicio de acciones. Por otra parte, como vamos a ver a continuación, hasta la fecha, las escasas veces en que la cuestión ha sido planteada, se ha esquivado, habiendo sido confinada, en algunos casos, al ámbito de los ilícitos desleales.

Así, en el asunto *Trip y Chevignon*¹⁵³, Trip Difusión, S.A (“Trip”) había sido denunciada, junto con Charles Chevignos S.A.R.L., además de por celebrar un acuerdo de distribución exclusiva de las prendas de la marca de este último, contrario al artículo 1 de la LDC 1989 y al artículo [81] TCE, por conductas desleales contrarias al artículo 7 de la LDC 1989¹⁵⁴, consistentes en la interposición de querellas contra la denunciante, Cepy, y contra los clientes de ésta, por la distribución mayorista de productos de la marca “Chevignon” adquiridos fuera de España, de la que Trip era licenciatario exclusivo en virtud del citado acuerdo. Con respecto a estas actuaciones defensivas de Trip¹⁵⁵, el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (“TDC”) consideró, en primer lugar, que:

“con independencia de la valoración que pudieran merecer en un procedimiento distinto al presente, carecen de fuerza suficiente para considerar que infringen los artículos mencionados por ser su finalidad la eliminación de un competidor que vende productos Chevignon, que Cepy manifiesta haber adquirido

¹⁵⁰ *Supra* apartado 1.1 de la presente Sección y nota 111.

¹⁵¹ Asunto T-321/05, *AstraZeneca c. Comisión*, DO de 21.10.2005, C271/24.

¹⁵² *Ibid.* La decisión se impugna por varios motivos, fácticos y jurídicos, entre los cuales, que las declaraciones engañosas, realizadas dentro de un procedimiento para solicitar derechos de propiedad intelectual, no podrían considerarse jurídicamente abusivas, en tanto los derechos obtenidos fraudulentamente no se apliquen o puedan aplicarse; y que la interpretación del artículo 82 no impone la obligación de mantener las autorizaciones de comercialización de un producto que ya no se comercializa.

¹⁵³ Resolución del TDC, de 15 de abril de 1994, Expte. 335/93, *Trip y Chevignon*.

¹⁵⁴ El artículo 7 de la LDC 1989 era prácticamente idéntico, con algunas salvedades, al hoy vigente artículo 3 de la Ley 15/2007). Véase el comentario de MASSAGUER J. al artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia en “*Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*”, Ed. Civitas, 1998, págs. 197-222.

¹⁵⁵ Cepy alegaba la infracción del artículo 7 LDC, en relación con el artículo 9 de la Ley de Competencia Desleal (aunque en el momento de los hechos, ésta no había entrado en vigor), “al falsear la libre competencia en el mercado mediante actos de competencia desleal, como son los escritos dirigidos a los clientes de CEPY, promoción de inspecciones por el Ayuntamiento de Madrid, interposición de querellas, lo que ha ocasionado la pérdida de imagen de CEPY, el cierre definitivo de su división textil y repercusiones muy negativas en el resto de sus actividades”. *Ibid.*, Antecedente de Hecho 11.

*licitamente fuera de España, sin precisar el origen de la compra, pues la actuación del Trip se revela como una defensa de la marca Chevignon que estaba autorizada a explotar y no cuestionaba tanto el derecho de Cepy, o de sus clientes revendedores, a vender o distribuir verdaderos productos Chevignon, como la autenticidad de éstos y el empleo de los medios utilizados por Trip, de resultar absolutamente desprovistos de fundamento, pudieran ser considerados una infracción del art. 7 LDC, aunque no de la Ley de Competencia Desleal de 10 de enero de 1991, por ser posterior a los hechos denunciados, que examinaremos a continuación”.*¹⁵⁶

Para concluir que,

*“[e]n este caso, la abusiva utilización por parte de Trip de mecanismos destinados a impedir la venta por parte de Cepy de los productos Chevignon pudieran constituir actos de competencia desleal, aunque carecen de suficiente entidad para afectar el interés público protegido por la LDC, dado el escaso volumen de los intercambios acreditados en el expediente y por ello procede rechazar también esta infracción”.*¹⁵⁷

Sin perjuicio de que, en ningún momento, el TDC fundamenta por qué las querellas interpuestas por Trip contra Cepy podrían haber constituido, como así declara, una “abusiva utilización” de los mecanismos destinados a impedir la venta de productos “Chevignon”, resultaba evidente, en todo caso, la falta de incidencia sobre el interés público a los efectos de aplicación del artículo 7 de la LDC 1989. Por otra parte, no habiendo resultado acreditada posición de dominio alguna, era mucho pedir que, en este caso, el TDC se hubiese planteado la posibilidad de considerar si la “abusiva utilización” de acciones pudiera haber constituido un abuso de posición dominante.

Cuatro años más tarde, en el asunto *Wellcome*¹⁵⁸, en el que se resolvía un recurso contra un acuerdo de sobreseimiento del antiguo Servicio de Defensa de la Competencia, el TDC tuvo de nuevo ocasión de enjuiciar la interposición de acciones como una posible infracción del artículo 7 de la LDC 1989. Combino Pharm, S.L. había denunciado a Wellcome Farmacéutica, S.L. (“Wellcome”) por supuestas prácticas restrictivas incursas en la prohibición del artículo 7, entre las cuales, la interposición de querellas, por infracción de patente de una especialidad farmacéutica, contra los administradores de la denunciante y de los de la empresa que fabricaba el producto litigioso para la anterior.¹⁵⁹ El TDC desestimó el recurso. Y por lo que respecta a estas querellas, de forma bastante escueta, el TDC rechazó su posible calificación como actos de competencia desleal, fundándose en la consideración de que, la denunciada sólo ejercitaba su derecho a defender los derechos de patente que la normativa aplicable le otorgaba:

“Por lo que se refiere a la querella interpuesta por Wellcome contra los administradores de Finaf-92, lo fue en defensa de unos supuestos derechos de patente que Wellcome consideraba infringidos y de conformidad con el art. 62 de la Ley 11/1986, de Patentes, dado que Finaf-92 figuraba como fabricante de especialidades objeto del tigio. Otro tanto puede decirse de la querella interpuesta contra los administradores

¹⁵⁶ Ibid. Fundamento de Derecho 6.

¹⁵⁷ Ibid. Fundamento de Derecho 7.

¹⁵⁸ Resolución del TDC, de 16 de julio de 1998, Expte. R 315/98, Wellcome.

¹⁵⁹ Subrayamos que la denunciante no atacaba directamente la interposición de las querellas como acto desleal de obstaculización. En realidad, los ilícitos desleales invocados por la denunciante fueron la realización de manifestaciones denigratorias y la inducción a la infracción contractual, éste último, fundamentado en que, como consecuencia de las querellas, la empresa Finaf-92, S.A., que fabricaba la especialidad farmacéutica litigiosa para la denunciante, había decidido cesar en su fabricación.

de Combino Pharm. Por otra parte, el que la existencia de dichas querellas haya dado origen a numerosas noticias publicadas en diversos medios de comunicación no permite calificarlas de competencia desleal.¹⁶⁰

Con mayor claridad que en los asuntos anteriores, por esas mismas fechas, en *Funditubo*¹⁶¹, el TDC confronta la aplicación de las normas de defensa de la competencia al ejercicio de acciones, rechazándola de plano. En este asunto, el TDC resolvía el recurso presentado contra el acto de archivo del Servicio de las actuaciones iniciadas como consecuencia de la denuncia presentada, contra Funditubo, S.A., por un antiguo empleado, que había visto frustrado su proyecto de competir con la anterior en el mercado de tuberías de fundición dúctil mediante la creación de una nueva empresa. El denunciante alegaba como causa de la frustración de su proyecto la interposición, por Funditubo, de una demanda civil y una querrela criminal, que no prosperaron.

Sin perjuicio de considerar que existían indicios suficientes para considerar la posición de dominio de la denunciada, que el Servicio había desestimado, el TDC no obstante desestimó el recurso al considerar que, en todo caso, no existían indicios de conductas abusivas. En particular, por lo que respecta a la presunta interposición abusiva de acciones, el TDC considera que, aun supuesta la posición de dominio de Funditubo, tal actuación no podría haber constituido, en ningún caso, un abuso de posición dominante contrario al artículo 6 de la LDC 1989:

*“Sobre el error en que ha incurrido el Servicio al valorar los datos facilitados respecto de la frustración del proyecto de constitución de una sociedad competidora de “Funditubo, S.A.” que el recurrente achaca a la presentación contra él por “Funditubo, S.A.” de una petición de medidas cautelares por competencia desleal y la interposición de una querrela criminal, cabe deducir que **la utilización de acciones judiciales en defensa de los intereses propios es un derecho básico cuyo abuso encuentra su tratamiento en el ámbito judicial, quizá en la Ley de Competencia Desleal, pero no en el abuso de posición dominante del art. 6 LDC.** La valoración de si la litigación indicada constituye un acto ilícito y de si existe relación de causalidad suficiente entre ella y el resultado dañoso alegado, esto es, el fracaso del proyecto empresarial del recurrente, corresponde a la autoridad competente para conocer y decidir si procede la reparación del daño que el recurrente pretende”* (el subrayado es nuestro).¹⁶²

En esta misma línea, pero en el ámbito del artículo 7 de la LDC de 1989, en 2000, se pronunció el TDC en el asunto *Fertiartbol*.¹⁶³ De nuevo en el marco de un recurso contra un acto de archivo, el TDC parece descartar la intervención de las normas de defensa de la competencia en la esfera del ejercicio abusivo de acciones.

En este caso, la empresa denunciante, Abonomar, S.L., imputaba a la denunciada, Fertiartbol, S.L., la realización de conductas contrarias al artículo 7 de la LDC 1989 por, entre otras prácticas, haber demandando judicialmente a la denunciante por vulneración del derecho de patente que Fertiartbol decía ostentar sobre las pastillas fertilizantes fabricadas por la primera, y que, según Abonomar, la denunciada sabía que era falso. En el expediente, no sólo no resultó acreditada falsedad alguna por parte de Fertiartbol, sino que ésta había ganado la demanda de infracción de patente interpuesta contra Abonomar en virtud de sentencia que, además, esta última

¹⁶⁰ Ibid. Fundamento de Derecho 6.

¹⁶¹ Resolución del TDC, de 1 de diciembre de 1998, Expte. R 319/1998, Funditubo.

¹⁶² Ibid. Fundamento de Derecho Segundo.

¹⁶³ Resolución del TDC, de 19 de enero de 2000, Expte. R 373/99, Fertiartbol.

no recurrió. El TDC consideró que no cabía estimar mala fe alguna de Fertiartbol al formular la demanda contra Abonomar y que, por consiguiente, actuó en el ejercicio de su derecho fundamental a defender sus derechos. Con base en lo anterior, desestimó el recurso, indicando que,

*“las conductas denunciadas no reúnen los requisitos precisos para ser calificados como determinantes de una infracción tipificada en el artículo 7 de la Ley 16/1989, al no constituir actos de competencia desleal, pues no puede estimarse que actúa deslealmente el que obra en defensa de sus legítimos derechos [...]”*¹⁶⁴

Tal cual se articulan los fundamentos en su Resolución, el TDC parecería estar descartando, no sólo la posibilidad de que el ejercicio de acciones pudiera eventualmente constituir un ilícito contrario a las normas de defensa de la competencia, sino igualmente, un acto de competencia desleal. No obstante, creemos que los hechos del caso no justificarían tal interpretación. En nuestra opinión, nada impide que el ejercicio abusivo del derecho a litigar pudiera fundar un juicio de deslealtad a los efectos de la aplicación de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal.¹⁶⁵ Por otra parte, y en la medida en que, tal juicio de deslealtad comprendiera la afectación al interés público por el falseamiento de la competencia, cabría igualmente la intervención de nuestras normas de defensa de la competencia por la aplicación del artículo 3 de la LDC.¹⁶⁶

La última resolución que creemos relevante mencionar en el presente estudio, es la recaída en 1994 en el asunto *Instalación de Farmacias*.¹⁶⁷ No obstante ser una de las más tempranas, la hemos dejado para el final por el interés que, a nuestro parecer, presenta para comentar después el asunto *UNESA*, que, a la fecha, se encuentra pendiente de resolución ante la Comisión Nacional de Competencia (“CNC”).¹⁶⁸

En el asunto *Instalación de Farmacias*, se resolvía un recurso contra el acuerdo de archivo del Servicio de la denuncia presentada por la titular de una autorización de instalación de una farmacia, contra dos titulares de sendas oficinas de farmacia en la misma localidad. De acuerdo con la denuncia, estas últimas habrían incurrido en una práctica prohibida por el artículo 1 de la LDC 1989, consistente en el acuerdo de las dos denunciadas para impugnar la autorización concedida a la denunciante por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de la provincia de Santa Cruz de Tenerife para la instalación de una oficina de farmacia en la localidad tinerfeña de Victoria de Acentejo. Las denunciadas habían instado la clausura de la citada oficina mediante la interposición de un recurso contencioso-administrativo, tras haber visto desestimados los recursos administrativos, de alzada y reposición, ante el Consejo General de Colegios Oficiales Farmacéuticos. El recurso contencioso-administrativo interpuesto por las denunciadas fue estimado, declarando la sentencia no conforme a derecho la autorización de apertura de la oficina de farmacia litigiosa; sentencia que, por otra parte, fue recurrida por la denunciante y casada por el Tribunal Supremo, con posterioridad a la resolución del TDC.¹⁶⁹

¹⁶⁴ Ibid. Fundamento de Derecho Cuarto.

¹⁶⁵ Por ejemplo, como acto de obstaculización contrario a la cláusula general del Artículo 5 de la LCD.

¹⁶⁶ Sin perjuicio de poder abundar en la pertinencia de aplicar el artículo 3 conjuntamente con los artículos 1 ó 2 de la LDC a estos supuestos, el abuso del derecho a litigar como ilícito desleal no es objeto del presente estudio. Véase, MASSAGUER, J., op. cit., *supra* nota 154.

¹⁶⁷ Resolución del TDC, de 4 de marzo de 1994, Expte. R 71/94, Instalación de Farmacias.

¹⁶⁸ Véase “Comunicado sobre el Expediente S/0051/08 Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA)”, en <http://www.cncompetencia.es/PDFs/novedades/81.pdf>.

¹⁶⁹ STS de 9 de diciembre de 1996, Recurso núm. 472/1992.

El Servicio había acordado el archivo de la denuncia al considerar que la actuación de las denunciadas no podría “*estimarse nunca como una conducta prohibida en la Ley 16/1989, pues se limita a ejercer unos derechos que como partes interesadas les concede el ordenamiento jurídico español*”.¹⁷⁰

En la resolución, que confirmó el acto de archivo, el TDC parte de la complejidad de la regulación de las oficinas de farmacia como causa de los constantes contenciosos entre los farmacéuticos para, en nuestra opinión, de forma muy acertada, centrar la cuestión como sigue:

“Es justamente el exceso de regulación y su aplicación lo que restringe la competencia. Y son los Colegios Oficiales de Farmacéuticos los encargados de aplicar dicha regulación. Las distancias mínimas, el número de habitantes, y otras condiciones de acceso a la profesión, entre otros factores, constituyen barreras de entrada restrictivas de la competencia. Si a ello se une el precio fijo y fijado, la prohibición de descuentos o de venta a domicilio, las ventas exclusivas, entre otras conductas, no cabe ninguna duda de que nos encontramos ante un sector caracterizado por sus fuertes limitaciones a la competencia. Por dicha razón, el acceso a la profesión da lugar a rentas de situación” (el subrayado es nuestro).¹⁷¹

Aceptando estar en presencia de una conducta cuyo resultado final es la restricción de la competencia pero que, al mismo tiempo, se amparaba en el ordenamiento vigente, tal conducta, en ningún caso, podría estimarse prohibida por las normas de defensa de la competencia:

*“La denunciante ha superado tales barreras de una forma que no satisface a las denunciadas. Y éstas, al amparo de la regulación del sector, ejerciendo un derecho amparado legalmente, intentan impedir la apertura de la oficina de farmacia de la denunciante. **No hay duda, pues, de que nos encontramos ante una conducta cuyo resultado final es la restricción de la competencia. Sin embargo, dicha conducta se apoya en el ordenamiento vigente.** No puede ser calificada, por lo tanto, como una conducta prohibida aunque restrinja la competencia.”*

*“Examinado el expediente, y sobre la base del mismo, el Tribunal ha entendido **que el ejercicio por los ciudadanos de las acciones correspondientes para reclamar en vía administrativa o ante los Tribunales de justicia a quienes en virtud del artículo 106 de la Constitución Española corresponda el control de la legalidad de los actos de la Administración, en ningún caso, puede estimarse como una conducta prohibida por la Ley de Defensa de la Competencia.**”* (el subrayado es nuestro).¹⁷²

En este asunto, no se planteó expresamente – al menos, no se desprende de la resolución - el posible carácter temerario o abusivo de las acciones entabladas por las denunciadas. El TDC, por tanto, no entra a considerar la posibilidad de sancionar por el artículo 1 el acuerdo de dos o más empresas, práctica concertada o decisión de una asociación empresarial para ejercer abusivamente el derecho a litigar con el objeto o efecto de restringir la competencia. No obstante, implícitamente, cabría interpretar que, cuanto más compleja e intensamente regulado se encuentre el mercado relevante - en definitiva, cuantas más barreras legales existan -, más difícil resultará calificar de abusivo y anticompetitivo el ejercicio de acciones administrativas o judiciales. El exceso o complejidad de un determinado marco regulativo no puede justificar la intervención de las

¹⁷⁰ Expte. R 71/94, Instalación de Farmacias, Antecedente de Hecho 2.

¹⁷¹ Ibid. Fundamento de Derecho Único.

¹⁷² Ibid.

normas de competencia para ampliar el ámbito de la aplicación de la figura del abuso del derecho fundamental a litigar. Menos aún, cuando de una interpretación razonable de la regulación se puedan producir resultados anticompetitivos, como ocurría en el asunto comentado, y así de desprendía de la resolución que resolvió el recurso contencioso-administrativo interpuesto por las denunciadas en el expediente.

En línea con esto último, resulta oportuno evocar aquí de nuevo la dificultad de aceptar un examen prospectivo acerca del carácter temerario, malicioso o abusivo de la acción ejercitada para determinar si la intervención de las normas de defensa de la competencia resulta procedente.¹⁷³ Es decir, si el órgano encargado de aplicar las normas de defensa de la competencia podría enjuiciar el carácter abusivo de una determinada acción, abstrayéndose del contenido de la resolución recaída, o pendiente de recaer, en el procedimiento correspondiente. Considerando que la jurisprudencia ha reconocido el carácter “esclarecedor” del contenido de las resoluciones judiciales¹⁷⁴, en nuestra opinión, tal examen prospectivo, tratándose de considerar una acción aislada, podría viciar de nulidad por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva una eventual resolución administrativa o judicial, que declarara la existencia de la infracción anticompetitiva.

Teniendo presente las anteriores consideraciones, cerraremos este apartado con una breve referencia al expediente incoado por la CNC en el asunto *UNESA*.¹⁷⁵ De acuerdo con la limitada información pública disponible sobre este asunto, el 18 de febrero de 2008, la Dirección de Investigación (“DI”) acordó iniciar de oficio expediente sancionador contra la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA), por posible infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 81 del TCE. De acuerdo con el comunicado de la CNC, el hecho que habría determinado la incoación del expediente por la DI sería el recurso interpuesto por UNESA ante la Audiencia Nacional, por el que se impugna la Disposición Adicional Tercera de la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre, y se solicita, igualmente, la suspensión cautelar de la misma. Con el objeto de incrementar la competencia en el sector, la disposición impugnada decreta el acceso gratuito a las bases de datos del Sistema de Información por Puntos de Suministro de las empresas distribuidoras por parte de las empresas comercializadoras independientes de electricidad y por parte de la Oficina de Cambios de Suministrador.¹⁷⁶

Conviene anotar que, poco antes del acuerdo de incoación, la Audiencia Nacional había estimado parcialmente la solicitud de medidas cautelares de UNESA, acordando la suspensión cautelar del acceso a las citadas bases de datos de puntos de suministro por parte de los comercializadores, al considerar, de forma indiciaria, que tal acceso podría vulnerar la Ley Orgánica de Protección de Datos.¹⁷⁷ Tras la modificación por parte del Ministerio de Industria de la Orden impugnada¹⁷⁸, la Audiencia Nacional decretó el levantamiento de estas medidas.

¹⁷³ Vid *supra* Sección I.1 y notas al texto 41-43.

¹⁷⁴ Vid, en particular, nota 43.

¹⁷⁵ Vid *supra* nota 168.

¹⁷⁶ “El Sistema de Información de Puntos de Suministro (SIPS) es una base de datos creada y mantenida por la empresa distribuidora en la que se recogen datos relativos a la ubicación, características técnicas y consumo de los puntos de suministro conectados a sus redes”. Comunicado sobre el Expediente S/0051/08..., *supra* nota 168.

¹⁷⁷ Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 13 de febrero de 2008. Para un acceso parcial al contenido de este Auto, que, a la fecha del presente artículo, no está disponible en las bases de datos existentes, véase http://www.uria.com/esp/actualidad_juridica/n20/legis04Comm.pdf.

¹⁷⁸ Apartado 7, introducido por Disposición Final 1 de la Orden ITC/694/2008: “7. No obstante lo señalado anteriormente, los consumidores podrán manifestar por escrito a los distribuidores su voluntad de que sus datos no sean accesibles a los comercializadores”

Por la novedad que representa en la práctica decisoria de nuestras autoridades de competencia, merece ser subrayado, en primer lugar, el que se esté examinando la aplicación de los artículos 1 de la LDC y 81 del TCE a la decisión de una asociación empresarial de ejercer su derecho de acceso a la jurisdicción con el objeto o efecto de obstaculizar el acceso al mercado de determinadas empresas (en este caso, los comercializadores independientes).¹⁷⁹

Para el examen de este asunto, en nuestra opinión, habría que partir de la premisa siguiente: la concertación entre empresas para, ya sea conjuntamente o a través de una asociación empresarial, ejercer ante los tribunales la defensa de intereses comunes, no puede calificarse, *per se*, como práctica restrictiva. Aunque el ejercicio del derecho fundamental afectara a la posición jurídica de terceros, en particular, a sus posibilidades de acceso al mercado, tal restricción sería accesoria del derecho fundamental cuyo regular ejercicio deberá prevalecer. En su caso, cabría evaluar si tal acción trasciende el mero ejercicio del derecho fundamental. La prohibición de ejercer, de forma concertada, el derecho de acceso a los tribunales podría suponer una violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, así como, posiblemente, del derecho fundamental de asociación, cuando tal ejercicio se canalizara a través de la correspondiente organización. De otro lado, nada obsta para apreciar si el ejercicio concertado del derecho de acceso a los tribunales pudiera emplearse como instrumento para facilitar a las empresas conductas colusorias anticompetitivas (v.gr., intercambios de información sensible, fijación de condiciones o de determinados comportamientos en el mercado). En tal caso, cabría investigar y sancionar el ejercicio concertado del derecho de acción como una práctica facilitadora de conductas colusorias.

Por otra parte, si el ejercicio concertado del derecho se revelara abusivo de conformidad con la doctrina jurisprudencial existente para determinar la ausencia de “justa causa litigandis”, sí debería entonces ser posible examinar el objeto o efecto anticompetitivo de tal acción. Pensamos que, en tal supuesto, cuando la protección constitucional se haya manifiestamente desbordado, cualquier tensión deberá ser resuelta a favor de la preservación del proceso competitivo.

En el asunto *UNESA*, asumiendo que el objeto de la presunta práctica restrictiva sólo fuera el recurso interpuesto por esta Asociación, en nuestra opinión, sería cuestionable calificar la acción de abusiva. En primer lugar, difícilmente se podría considerar que la acción carecía manifiestamente de fundamento. De un lado, a la fecha de incoación del expediente, el recurso no había sido resuelto por el órgano jurisdiccional competente. De otro lado, no podría obviarse que, la propia Audiencia Nacional estimó parcialmente una solicitud de medidas cautelares, otorgando, siquiera de forma indiciaria, una apariencia de buen derecho a la acción. En cuanto a la posterior modificación normativa que ha justificado el levantamiento de estas medidas, se podría plantear si esta modificación pudiera haber privado manifiestamente de fundamento al recurso de forma sobrevenida, en cuyo caso, la temeridad en el ejercicio del derecho podría residir en la circunstancia de no desistir del mismo. En todo caso, si la CNC estuviera llevando a cabo un

¹⁷⁹ Días antes de entregar el borrador final del presente artículo, la CNC ha multado a las distribuidoras de Endesa, Iberdrola, Unión Fenosa, Viesgo/E.ON y Hidrocantábrico por abusar de su posición dominante al negar a los comercializadores independientes el acceso al Sistema de Información de Puntos de Suministro: Resoluciones de 2 de abril de 2009 recaídas en los Exptes. 641/08 *CENTRICA/ENDESA*, 644/08 *CENTRICA/IBERDROLA*, 642/08 *CENTRICA/UNION FENOSA*, 643/08 *CENTRICA/ELECTRA DE VIESGO* y Resolución de 22 de abril de 2009, Expte.645/08 *CENTRICA/HIDROCANTÁBRICO*.

examen prospectivo, sin elementos de juicio suficiente, podría comprometer seriamente el ejercicio legítimo de un derecho fundamental y el principio de seguridad jurídica.¹⁸⁰

IV. CONSIDERACIONES FINALES.

El derecho fundamental de acceso a los tribunales no es absoluto. Sus límites vienen perfilados por la doctrina del abuso del derecho, institución ésta con una funcionalidad plural, habida cuenta los diversos bienes jurídicos, tanto públicos como privados, susceptibles de verse afectados. Así, cuando el ejercicio del derecho fundamental a litigar incurra en este vicio, podrá darse una pluralidad de reacciones. En particular, cuando el bien jurídico afectado sea el proceso competitivo, nada obsta para que, en principio, se pueda plantear la intervención de las normas de defensa de la competencia para reprimir y sancionar el ejercicio abusivo del derecho, así como para reparar, en su caso, los daños causados.

En esta línea, el bien jurídico protegido por las normas de defensa de la competencia no justificaría la imposición a este derecho fundamental de más limitaciones que las derivadas de la aplicación restrictiva de la doctrina del abuso del derecho. A diferencia del derecho a la libertad de empresa, a riesgo de resultar vulnerado, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no debería someterse a una labor de ponderación de los intereses en conflicto por la que su regular ejercicio pudiera quedar subordinado a la necesidad de promover una competencia efectiva, aunque ésta constituya un bien constitucionalmente protegido, en tanto que elemento definitorio de una economía de mercado. Como hemos argumentado a lo largo de este trabajo, el anclaje del fundamento para la intervención de las normas de competencia en la esfera de protección del derecho de acceso a los tribunales no podrá ser otro que el representado por la figura del abuso del derecho aplicado a este derecho fundamental. Y no se nos escapa que, entroncar con esta figura, supone que las cuestiones o problemas planteados acaben destacando sobre las certezas que pudieran señalarse.¹⁸¹

¹⁸⁰ Sobre la falta de elementos de juicio que pudiera comprometer la legalidad de un examen prospectivo del ejercicio de acciones, nos parece de interés la Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de Argentina, de 30 de septiembre de 2008, Monsanto Company y Monsanto Argentina s/apel. resol. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (“CNDC”). En esta Sentencia se resuelve el recurso de apelación interpuesto por Monsanto contra la resolución de la CNDC que desestimaba un recurso contra el acto de incoación de expediente sancionador contra la primera por un posible abuso de posición dominante. Las conductas investigadas consistían en el inicio por Monsanto de acciones legales por infracción de la patente de la Soja RR en territorio europeo, contra importadores de harina y porotos de soja provenientes de Argentina, así como en la solicitud y obtención de embargos cautelares en distintos países de la Unión Europea sobre los cargamentos de buques que estuvieran infringiendo los derechos de propiedad industrial invocados. La Cámara Nacional de Apelaciones estima el recurso al considerar, entre otras cosas: “*Tampoco se puede emitir, en las actuales circunstancias, un pronunciamiento, siquiera preliminar, que se relacione con la legitimidad de los derechos y defensas que cada una de las partes han invocado en los procesos judiciales que tramitan en Europa, máxime cuando ello está pendiente de decisión por los tribunales que intervienen. [...] En síntesis, no existen en esta oportunidad elementos de juicio agregados a las actuaciones que sean suficientes para determinar que Monsanto Company y/o Monsanto Argentina hubieran incurrido, de acuerdo con la relación de los hechos y la fundamentación que motivó el inicio de este procedimiento [...], en alguna conducta contraria a la defensa de la competencia. [...] Estas conclusiones se atienen a las actuales circunstancias de la causa, y no implican de modo alguno un adelanto de opinión respecto a la situación que se pudiera plantear ante la incorporación de nuevos elementos que acreditasen un ejercicio abusivo de los derechos de Monsanto, o bien ante nuevos actos o conductas que las empresas pudieran adoptar en el futuro con relación a los hechos y cuestiones examinadas precedentemente, en el caso que se dieran los presupuestos previstos en la LDC*”. Fundamento IV.7 y 8.

¹⁸¹ Como bien dice CASTILLO BLANCO en la introducción a su magnífico trabajo, el abuso del derecho es “un tema de los que con justicia pueden calificarse como *eternos*”. *La Interpretación y Aplicación del Ordenamiento Jurídico Público. Especial Referencia al abuso del Derecho*. INAP, Madrid 2007.

El presupuesto esencial para la aplicación de las normas de defensa de la competencia al ejercicio del derecho a litigar constituye, al mismo tiempo, la principal dificultad para la efectiva protección del proceso competitivo frente a acciones o estrategias litigiosas que, sin duda, pueden resultar particularmente eficaces como instrumentos anticompetitivos. En efecto, el deber de apreciar la manifiesta ausencia de “justa causa litigandis” para fundar la existencia de un ejercicio abusivo del derecho constituye un obstáculo necesario para que las autoridades encargadas de aplicar las normas de competencia puedan actuar. Y, ya hemos visto, cuales son las condiciones y cautelas que ha venido estableciendo la jurisprudencia a tal efecto.

De la comparación de las distintas prácticas decisorias que hemos considerado relevantes para este estudio, cabe apreciar una convergencia en la formulación e interpretación de las condiciones establecidas para determinar cuándo el ejercicio de acciones puede merecer el reproche de las normas de competencia. Igualmente, la interpretación de estas condiciones en las jurisdicciones examinadas ha venido claramente inspirada por las nociones de *excepcionalidad y aplicación restrictiva*. Los dos criterios cumulativos formulados por el Tribunal Supremo estadounidense en *PRE* y por la Comisión Europea (no expresamente confirmados por el Tribunal de Primera Instancia) en *ITT Promedia*, son sustancialmente idénticos. Por otra parte, sin necesidad de reivindicar una laxa aplicación de estos criterios, una interpretación excesivamente estricta de los mismos pudiera no resultar satisfactoria para determinadas estrategias litigiosas, especialmente recalcitrantes.

Nos referimos, en particular, a la interpretación del primer criterio imperativo que, no es otro, que la ausencia de “justa causa litigandis”. Este requisito, en primer lugar, se ha identificado con la carencia manifiesta de fundamento objetivo en la acción, pero también implica que el derecho fundamental no ampara el ejercicio de acciones dirigidas a finalidades distintas de la obtención de respuestas a las cuestiones planteadas. Así, si cuando de lo que se trata es de evaluar la naturaleza anticompetitiva de acciones aisladas, la carencia manifiesta de fundamento objetivo constituye, necesariamente, el elemento de juicio principal para concluir que una acción resulta instrumental y ajena a la finalidad del procedimiento, no creemos que este mismo razonamiento deba necesariamente presidir la evaluación de estrategias litigiosas consistentes en el ejercicio sistemático de acciones. En efecto, ante tales estrategias, el deber de evaluar el fundamento de cada una de las pretensiones individualmente consideradas, además de requerir un examen retrospectivo, que garantice que la autoridad de competencia cuenta con todos los elementos de juicio (v.gr., la exigencia de atender al contenido “esclarecedor” de las resoluciones judiciales), impediría aplicar el requisito de ausencia de “justa causa litigandis” a la estrategia litigiosa en su conjunto. En nuestra opinión, un ejercicio sistemático del derecho de acción, claramente susceptible de menoscabar el proceso competitivo, exige que la ausencia de “justa causa litigandis” se pueda predicar del conjunto de la estrategia litigiosa. Y, a tal efecto, el elemento de juicio que precisará la autoridad de competencia, podrá no ser necesariamente lo resuelto por cada uno de los órganos competentes para conocer de las respectivas acciones (por ejemplo, cuando las diversas acciones resulten incoherentes o incompatibles entre sí). En estos casos, parece razonable que la autoridad de competencia pueda servirse de un examen prospectivo para enjuiciar estrategias litigiosas recalcitrantes.