



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Económico

**EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO DE ACCION Y DE PETICION, Y SUS
EFECTOS EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA.**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES

AUTOR: VICENTE MAXIMILIANO MANRÍQUEZ GONZÁLEZ

PROFESOR GUÍA: FRANCISCO AGÜERO VARGAS

Santiago, Chile

2011

*A Roberto y Soledad,
mis Padres*

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo llega a su destino final gracias al apoyo de mucha gente, que durante este tiempo me ha brindado el aliento y buen consejo para su conclusión. Principalmente mi Familia: Padre, Madre, Hermana y Hermano. También a Ana Álvarez, quien hasta último momento estuvo acompañando los instantes finales en que este trabajo concluyó.

Al escribir estos agradecimientos, recuerdo a algunos buenos consejeros que constante o esporádicamente me manifestaron sus apreciaciones y muchos de sus comentarios sirvieron para guiarme en este estudio. A Oscar Gárate, Santiago Montt, Prof. Cristián Maturana, Omar Vásquez, Leonardo Vilches, Gonzalo Cubillos, Daniel López y Jorge Muñoz. Agradecido de cada uno, porque el trayecto fue más llevadero.

Finalmente, al Profesor Señor Francisco Agüero Vargas, quien con sus conocimientos y libros se convirtió en el necesario Virgilio para realizar la caminata de este viaje.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I. DERECHO DE PETICIÓN Y DE ACCIONAR	4
1. DERECHO DE PETICIÓN	4
1.1 Conceptualización del derecho de petición	5
1.2 El derecho de petición a la luz del Derecho Chileno	7
1.3 Requisitos necesarios para su ejercicio	9
1.3.1 Petición en términos respetuosos	10
1.3.2 Petición conveniente	10
1.4 La respuesta de la autoridad como complemento del derecho de petición o derecho a la respuesta	11
2. DERECHO DE ACCIONAR	14
2.1 Conceptualización del derecho de accionar	17
2.2 Consagración Constitucional	17
2.3 Acerca de la amplitud de ejercicio del derecho de accionar	20
CAPITULO II. ABUSO DEL DERECHO DE PETICIÓN Y DE ACCIONAR	25
1. SURGIMIENTO DE LA TEORIA DEL ABUSO DEL DERECHO	26
2. SOBRE LA DETERMINACION DEL ABUSO DEL DERECHO	29
2.1 Corriente Subjetiva	29
2.2 Corriente Objetiva	31
2.3 Corriente Mixta	32
3. ACOGIDA DE LA TEORIA DEL ABUSO DEL DERECHO EN CHILE	33
3.1 Legislación Nacional	33
3.1 Jurisprudencia Nacional	38
3.3 Crítica a la actividad jurisprudencial	42

3.4 Derecho Comparado	46
3.4.1 Alemania	46
3.4.2 Suiza	48
3.4.3 Italia.....	48
3.4.4 España	49
3.4.5 Portugal	50
3.4.6 Perú	51
3.4.7 Uruguay	51
3.4.8 Argentina.....	52
4. EL ABUSO PROCESAL.....	53
5. SOBRE LA BUENA FE PROCESAL O PROBIDAD	55
6. SOBRE LA ECONOMÍA PROCESAL Y CELERIDAD	58
7. PROSCRIPCIÓN DEL ABUSO PROCESAL COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO	59
8. ABUSO DEL PROCESO O SOBRE EL USO INADECUADO DEL DERECHO DE ACCIÓN	60
9. EL ABUSO EN EL PROCESO O DEL PROCEDIMIENTO	61
9.1 Uso inadecuado del derecho de contradicción	62
9.2 Uso inadecuado de potestades jurisdiccionales.....	63
9.3 Abuso del procedimiento	67
10. RESPONSABILIDAD Y SANCIÓN AL ABUSO	68
10.1 Sanción Procesal	68
10.2 Responsabilidad Civil.....	70
11. EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCIÓN Y EL CÓDIGO DE ÉTICA PROFESIONAL	73
12. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL RESPECTO AL ABUSO PROCESAL	75
13. PRECISIONES SOBRE EL ABUSO DEL DERECHO DE PETICIÓN	77
14. PRECISIÓN FINAL SOBRE EL CONCEPTO DE ABUSO Y REEMPLAZO POR EL DE ABUSIÓN	78
 CAPITULO III. EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCIÓN Y PETICIÓN COMO PRÁCTICA PREDATORIA	 80
1. CONCEPTO DE PRACTICA PREDATORIA.....	80

2. SOBRE EL ABUSO COMO PREDACIÓN EN LA LEGISLACIÓN DE COMPETENCIA	85
3. SOBRE SANCIONES EN MATERIA DE COMPETENCIA DESLEAL	87
3.1 Breve reseña acerca de la competencia desleal	87
3.2 Normativa nacional referida a la competencia desleal	93
3.3 El ejercicio abusivo de acciones catalogado de competencia desleal	99
3.4 Vínculos de la legislación de competencia desleal con el DL 211	100
4. JURISPRUDENCIA DE ESTADOS UNIDOS.....	101
4.1 Eastern Railroad Presidents Conference vs. Noerr Motor Freight, Inc.....	102
4.2 United Mine Workers vs. Pennington.....	103
4.3 California Motor Transport co. vs. Trucking Unlimited.....	104
4.4 Evolución jurisprudencial estadounidense.	104
5. JURISPRUDENCIA UNIÓN EUROPEA.....	107
6. JURISPRUDENCIA AUSTRALIANA	110
7. JURISPRUDENCIA NACIONAL.....	111
7.1 Jurisprudencia Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.	111
7.1.1 Caso Compañía Cordillera S.A. con Sociedad Sal Punta Lobos S.A. (Sentencia 47/2006)	112
7.1.2 Caso Reebok Chile S.A. con Reebok International Limited y Adidas Chile Limitada (Sentencia 80/2009)	116
7.1.3 Caso Empresa Telmex Servicios Empresariales S.A. con Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. (Sentencia 83/2009)	117
7.1.4 Caso Fiscalía Nacional Económica con Compañía Chile de Fósforos S.A. (Sentencia 90/2009)	120
7.2 Consideraciones y críticas sobre el razonamiento imperante en el TDLC.	121
7.2.1 Razonamiento del TDLC.....	121
7.2.2 Riesgos verificados en el planteamiento del TDLC.....	123
7.2.3 Propuesta de nuevas reglas para la adecuada resolución del TDLC	126
8. DE LA CONCURRENCIA DE DOLO ESPECIAL PARA CONFIGURACIÓN DEL ILÍCITO DE PREDACIÓN Y LA POSIBILIDAD DE LA PRESCINDENCIA	131
 CAPITULO IV. ANÁLISIS DETALLADO DE INFRACCIONES	 80

1. ESTRUCTURA DEL ABUSO DE ACCIONAR Y PETICIÓN COMO ILÍCITO DE COMPETENCIA	134
2. DERECHO DE PETICIÓN Y SU INFLUENCIA EN TOMA DE DECISIONES ADMINISTRATIVA CON EFECTOS ANTICOMPETITIVOS.....	136
3. DERECHO DE ACCIONAR Y SOBRE CIERTAS CONSECUENCIAS ANTICOMPETITIVAS	141
3.1 Precisiones acerca del efecto anticompetitivo.....	141
3.2 Precisiones acerca de la distinción judicial y administrativa.....	142
3.3 Sobre conductas observadas y observables.....	144
3.3.1 Acciones y su resultado.....	144
3.3.1.1 Produce alteración en competencia o potencialmente puede perturbar los mercados	145
3.3.1.1.1 Ejercicio de acciones con efectos consumados	145
3.3.1.1.1.1 Eliminación de competidores.....	146
3.3.1.1.1.2 Demorar ingreso al mercado.....	147
3.3.1.1.1.3 Disuadir el ingreso de competidores.....	149
3.3.1.1.1.4 Extorsión.....	150
3.3.1.1.2 Ejercicio de acciones sin efectos consumados bajo la hipótesis de tentativa y frustración.....	151
3.3.2 La cuantificación de acciones como verificación de la conducta ilícita	153
3.3.2.1 Acción singular	154
3.3.2.2 Pluralidad de acciones.....	155
3.3.2.2.1 La pluralidad de acciones bajo una misma jurisdicción	156
3.3.2.2.2 La pluralidad de acciones bajo diferentes jurisdicciones.....	157
3.3.2.2.3 Acerca de pluralidad de acciones contradictorias entre sí	158
3.3.2.3 Afectación de la competencia en diferentes segmentos del proceso productivo	159
4. SITUACIONES ESPECIALES	160
4.1 Transgresión en virtud de información falsa.....	160
4.2 Transgresión en virtud de soborno.....	161
4.3 Acciones y licencias.	163
4.4 Abuso en el procedimiento (o del)	164

CONCLUSIONES.....	167
BIBLIOGRAFÍA.....	170

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objetivo el estudio de las conductas de abuso del derecho de accionar y del de petición, y sus efectos en materia de libre competencia, realizando un primer análisis acerca de estos derechos y de su consagración a nivel constitucional y legal, refiriéndonos acerca de los requisitos necesarios para su ejercicio. Una vez dibujada la esfera de protección de estas garantías, procederemos a analizar la teoría del abuso del derecho, determinando sus implicancias y desarrollándola particularmente a propósito del abuso procesal.

Definido el abuso, tanto de la petición como de la acción, nos referiremos al tratamiento de este tema en materia de competencia, analizando principalmente la doctrina y jurisprudencia, nacional y extranjera, y razonar sobre su implicancia tanto desde la perspectiva de la libre competencia como de la competencia desleal.

Determinada la ilicitud de esta conducta en el ámbito de la competencia, procederemos a tratar las diferentes formas en que estos derechos, petición y acción, pueden afectar la competencia en los mercados.

INTRODUCCIÓN

No obstante estimamos que entre el derecho de petición y del de accionar hay una relación como la de género-especie, donde el segundo es una derivación histórica del primero, en la dogmática constitucional y procesal se identifican como diferentes en la actualidad. Con todo, seguimos las enseñanzas del maestro Couture¹, quién con claridad manifestó que el derecho de accionar es, en definitiva, una manifestación del derecho de petición.

Valiéndonos de la breve precisión expuesta, es menester puntualizar que el interés de nuestra labor es determinar con el mayor nivel de certeza lo que debe entenderse por ejercicio abusivo de los derechos, ya reseñados, específicamente en materia de libre competencia. Indudablemente, como paso previo, debemos atender a la hipótesis del abuso del derecho privado civil, estudiando tanto las teorías subjetivas como objetivas que se han producido a fin de tratar esta figura.

Posiblemente el lector se desoriente al observar el tratamiento de esta problemática en este trabajo, pero es fundamental la fin de analizar luego el abuso que se verifica en materia procesal. Inexorablemente debemos conceptualizar el asunto en aquella fase civil, para luego dilucidar su aplicación como principio general del derecho y su alcance en lo que respecta al Derecho Procesal. Conocido el abuso, comenzará a dibujarse con precisión la conducta que analizamos.

En nuestro país, la discusión procesal sobre el abuso no ha sido generosa en términos literarios, sin embargo, la jurisprudencia judicial (tanto de tribunales ordinarios como del Tribunal Constitucional) se ha pronunciado al respecto, no siendo necesariamente prolija en sus planteamientos y acorde con los criterios adoptados en

¹ COUTURE, Eduardo. Introducción al Estudio del Proceso Civil, 2da edición, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1953, pp. 18-22.

el derecho comparado, que en muchos casos obedece a un soporte legislativo, expreso y orgánico, y que no se observa en nuestra realidad.

En cuanto a la evolución dogmática del abuso del Derecho, en un principio se tendió a analizar el fuero interno del sujeto o agente que generaba un daño con la acción que proponía. No cabe duda que esto fue un avance, sin perjuicio de la enorme dificultad que significa descubrir lo que determinado sujeto desea en su fuero interno.

Ante este escollo, surgió el análisis objetivo del tema, que nos plantea la necesidad de estudiar el fenómeno a partir de la desviación de los fines o de la función que cumple el derecho. En el caso del proceso observaremos que esto atenta contra bienes jurídicos como la moral, buenas costumbres, costumbres, o, más bien, altera el objetivo económico o social de aquella institución jurídica. A este último criterio funcional echaremos mano en su momento y justificaremos los motivos para ellos. La intencionalidad es para nosotros un criterio de disvalor de la acción y que redundará en la determinación de responsabilidades, que en este caso sería la obligación a indemnizar, pero que no es el elemento determinante para calificar la conducta de abusiva.

Una vez que delineemos las situaciones de abusos (o abusión como algunos plantean), procederemos a analizar con detalle las conductas de nuestro interés.

En lo que respecta al derecho de petición, nos referiremos a la hipótesis de que un determinado agente de mercado recurre al órgano administrativo regulador y solicita una determinada mejora en la reglamentación sectorial. Sin duda, en este aspecto, la responsabilidad de las decisiones es primordialmente propia del órgano estatal, pero pueden deberse a las peticiones de un agente o varios (coludidos si se quiere) que plantean cambios normativos que pueden afectar a los mercados, existiendo eventualmente un cierto grado de mala fe en su actuar. Por ahora, un buen ejercicio es imaginar una determinada norma técnica que significa una barrera legal de entrada al mercado y que, eventualmente, se represente como prohibitiva para pequeños productores el invertir en su cumplimiento. La petición al órgano legislativo escapa de este estudio, en razón de que este cuerpo estatal es el depositario de la soberanía

nacional y sus prolongadas discusiones permiten una menor captura de este, con lo que no padece de las fallas del regulador.

Ya habiendo recorrido bastante camino, nos centraremos exclusivamente al análisis teórico y práctico del abuso de acciones, judiciales y administrativas, que afectan la libre competencia. La propuesta en esta materia, es que tanto desde la perspectiva del Decreto Ley 211 como de la Ley 20.169 sobre competencia desleal, los requisitos de acción – daño – nexo causal requieren una adición de intencionalidad en la materia. Esto se debe a las especiales exigencias que se establecen en cada cuerpo legal, lo que significa necesariamente el restringir las conductas que se pueden conocer en estas sedes de competencia. Inclusive, la judicatura de competencia ha establecido altos estándares probatorios para esta clase de ilícitos.

Nuestra opinión, es que el abuso de los derechos se basta con la desviación de los fines y ante su verificación todo tribunal debe adoptar las medidas necesarias para contrarrestarle. En el caso de la libre y leal competencia, sostendremos una extensión del criterio judicial a fin de atacar esta clase de ilícitos.

CAPITULO I. DERECHO DE PETICION Y DE ACCIONAR.

1. DERECHO DE PETICION

En términos históricos², encontramos el primer germen de reconocimiento del derecho de petición en la Carta Magna Inglesa de 1215, la cual fue impuesta al Rey Juan I de Inglaterra (Juan Sin Tierra) por sus barones y que buscaban poner atajos al poder absoluto de la corona, lo que en 1628 se verá plasmado con la “petition of right”. Esto último, puso a Carlos I en la necesidad de reconocer una serie de limitantes a sus facultades y las primeras expresiones de la libertad individual.

Como se observa, y como usualmente se tendería a creer, este derecho no es una creación de la Revolución Francesa. Esta fuerza liberal prefería reconocer la indivisibilidad soberana y representada por la corporación general que representaba el Estado, despojando de valor a corporaciones intermedias. Inclusive, en la Declaración de los Derechos de los Hombres y del Ciudadano de 1789 no se consagró el derecho de petición y no lo será –sino- hasta la Constitución de 1791, que será reconocido como derecho natural a todos los ciudadanos y hombres libres que carecían de derechos políticos.

Este derecho presupone que la persona que lo ejerce solicita que determinada cuestión fáctica sea superada o corregida por parte de la autoridad a quién se dirige, en razón de existir un interés privado o público involucrado. Ciertamente quién ejerce esta potestad carece de un determinado derecho subjetivo concreto respecto a lo pedido, ya que lo que se busca es persuadir al órgano público a llevar a cabo cierta labor deseada por el peticionario. Si existiere este derecho en el patrimonio de una

²BIBLIOTECA CONGRESO NACIONAL. DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS, EXTENSIÓN Y PUBLICACIONES. El derecho de petición en la constitución de 1980 y en la legislación de España, Estados Unidos y Francia, elaborado por VirginieLoiseau, disponible EN: http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro273.pdf, Santiago de Chile, 2003, p. 4 y ss.

determinada persona, lo razonable es que hiciera valer su eficacia ante el órgano jurisdiccional y así obtener satisfacción a sus intereses.

1.1 Conceptualización del derecho de petición

Respecto a la conceptualización de este derecho, se ha señalado por la doctrina que “autoriza para dirigirse a los poderes públicos solicitando gracia, reparación de agravios o adopción de medidas que satisfagan el interés del peticionario o los intereses generales”³.

En términos jurídicos se trataría de un derecho que apunta a la obligación estatal de facilitar al ciudadano el poder presentar una cierta solicitud ante una determinada autoridad, órgano o servicio público.⁴

La doctrina española, por su parte, ha definido este derecho como “el derecho de los ciudadanos de dirigir peticiones a los poderes públicos que señalen las leyes, sobre las materias de su competencia, cuando no son titulares de derechos subjetivos”⁵.

En este caso, la visión ibérica representa una visión más bien formal del tema, ya que pone de manifiesto la carencia de un derecho subjetivo concreto para resolver el asunto objeto de la petición ejercida por un ciudadano y que esta es presentada para ante la autoridad legalmente competente. Sin perjuicio de lo señalado, consideramos que en esta definición subyace la necesidad de buscar solución o medidas a un asunto de interés particular o de carácter público.

En la doctrina francesa, León Duguit⁶ lo definió como “el derecho que pertenece al individuo de dirigir a los órganos o agentes públicos un escrito, exponiendo opiniones, demandas o quejas”.

³ CIENFUEGO SALGADO, David. El Derecho de Petición en México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México D.F., 2004, p. 14.

⁴ Ibídem, pág. 15.

⁵ Ibídem, pág. 16.

Representa caracteres comunes con la visión hispana (inexistencia de un derecho subjetivo y presentación a un órgano público, desestima referirse al interés), pero Duguit va más allá y especifica que esta petición manifestará como un mera opinión, una demanda o una queja que se ha de plantear para ante la autoridad.

A partir de estas definiciones, agregando que nuestra legislación no entrega un concepto ni las discusiones de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución (CENC)⁷ aportan en este sentido, señalaremos lo que a nuestro entender son los caracteres propios de este derecho:

- (a) Es un derecho fundamental. Cabe tener presente que ha sido reconocido en el artículo 19 número 14° de nuestra Constitución.
- (b) Puede ser ejercido por cualquier persona, sea natural o jurídica.
- (c) Se debe carecer de un derecho subjetivo privado referente al asunto objeto del derecho de petición ejercido.
- (d) Necesidad de dar respuesta por parte de la autoridad, si se ha efectuado la petición en términos respetuosos y convenientes.
- (e) Es una limitante al poder estatal.

Más adelante serán aclaradas algunas de estas características. Ahora, en lo que se refiere a la obtención de un concepto del derecho de petición, estimamos que más allá de lo señalado por la doctrina, lo fundamental es tener presente que las anteriores son las características necesarias para la realización de este derecho.

Derecho que, para cerrar este acápite, tiene por finalidad el pedir a la autoridad la adopción de medidas suficientes para satisfacer el interés particular o general que con aquel se ha manifestado. Por lo demás, este derecho es un limitante al poder con que se encuentra dotada determinada autoridad, en especial si atendemos a que esta facultad se concibió y desarrolló en los periodos monárquicos en que los poderes del Estado se encontraban concentrados en la persona del soberano.

⁶Ibídem; David Cienfuego citando a Duguit.

⁷CENC. Actas Comisión de Estudio para la Nueva Constitución, en sesiones 125ª, 217ª, 407ª, Disponible en http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales-r (última revisión, 01.02.2009).

Ciertamente, hoy en día, gozamos de los privilegios inherentes de las democracias liberales, al menos en este lado del mundo, pero ello no significa que los abusos de poder por parte de la autoridad sean imposibles de verificar. En caso de estos excesos, el derecho de petición es una herramienta fundamental dentro del modelo democrático imperante, ya que se concibe su ejercicio por parte de un ciudadano libre y sin temor del poder estatal o de quiénes están facultados para representar o ejercer dicho poder.

1.2 El derecho de petición a la luz del derecho chileno

Primeramente, este derecho se consagra en el artículo 19 numeral 14 de nuestra Carta Fundamental⁸ y prescribe:

“El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes”

Esta fórmula es prácticamente idéntica a las observadas en las Constituciones de 1833⁹ y la de 1925¹⁰, siendo la única diferencia que estas últimas garantizaban este derecho a todos los habitantes de la República. En la actualidad el artículo 19 lo establece respecto de toda persona.

Junto con ello, la diferencia de estas Cartas la representa la de 1833, que exigía el proceder legalmente en el ejercicio del derecho de petición. Más allá de cualquier

⁸ Decreto 100. CHILE. Texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de 1980, Chile, Diario Oficial septiembre de 2005.

⁹ CPR 1833. CHILE. Constitución Política de la República de Chile. Santiago, Chile, Diario Oficial mayo de 1833; Art. 12. “La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: [...] 6º El derecho de presentar peticiones a todas las autoridades constituidas, ya sea por motivos de interés jeneral del Estado, o de interés individual, procediendo legal i respetuosamente”.

¹⁰ CPR 1925. CHILE. Constitución Política de la República de Chile. Santiago, Chile, Diario Oficial septiembre de 1925; Art. 10. “La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: [...] 6.o El derecho de presentar peticiones a la autoridad constituida, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes”.

interpretación al respecto, es patente el proscribir ejercicios ilícitos o alteradores de los fines para los que se reconoce este derecho.

En segundo lugar, es particular el hecho de que esta potestad carece de protección por parte del denominado recurso de protección, al no ser incorporado en el artículo 20¹¹ que consagra esta acción constitucional.

No obstante lo escueto que puede significar lo anterior, desde la perspectiva de la ley penal es posible dar con ciertos ajustes a este asunto. Mario Verdugo¹² pone el acento en lo prescrito por nuestro Código Penal¹³ que en sus artículos 256¹⁴ y 158¹⁵ numeral 4° otorgan garantía para la efectividad de este derecho, al establecer sanciones de suspensión en el ejercicio de cargos públicos, multas y reclusión menor contra quienes impidieren el ejercicio del derecho de petición o retardaren la realización de este.

¹¹ Artículo 20.- “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso cuarto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º [...] y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre [...] Procederá, también, el recurso de protección en el caso del Nº8 del artículo 19, [...]”

¹² VERDUGO, Mario, y PFEFFER, Emilio. Derecho Constitucional: Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pág. 282.

¹³ Código 18742. CHILE. Código Penal. Santiago, Chile, noviembre de 1874.

¹⁴ Art. 256. “En iguales penas incurrirá todo empleado público del orden administrativo que maliciosamente retardare o negare a los particulares la protección o servicio que deba dispensarles en conformidad a las leyes y reglamentos”. Las penas a que se refiere esta disposición son las señaladas en el artículo 255, consistentes en suspensión del empleo en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

¹⁵ Art. 158. “Sufrirá la pena de suspensión de sus grados mínimo a medio, si gozare de renta, y la de reclusión menor en su grado mínimo o multa de once veinte unidades tributarias mensuales, cuando prestare servicios gratuitos, el empleado público que arbitrariamente: [...] 4º Impidiere [...] hacer uso del derecho de petición que le garantiza la ley”.

Asimismo, la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE)¹⁶ prescribe:

“Artículo 8º.- Los órganos de la Administración del Estado actuarán por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, o a petición de parte. Cuando la ley lo exija expresamente o se haga uso del derecho de petición o reclamo, procurando la simplificación y rapidez de los trámites.”

De esta manera, esta ley señala que el trámite que dará lugar a la respuesta - exigida para la realización del derecho de petición- debe ser simple y rápido, evitando toda forma de excesiva burocratización. Sin perjuicio de que trataremos esta disposición en lo referente a la obligación de responder por parte de la autoridad, es perentorio tener presente que, de no existir esta disposición, estaríamos frente a una grave carencia normativa a fin de completar la esencia de este derecho. Ya lo hemos señalado anteriormente, el ejercicio de este derecho sin una respuesta significa la imposibilidad de su realización.

1.3 Requisitos necesarios para su ejercicio

No caben dudas que este derecho se manifiesta en la presentación de una petición a la autoridad y que esta se justifica por ser un asunto de interés público o privado, teniendo que cumplirse con dos requisitos para lograr la realización efectiva de este derecho:

- 1) Efectuar la petición en términos respetuosos.
- 2) La petición debe ser conveniente.

Ambos requisitos ya se encontraban incorporados en la Constitución de 1925, con lo que entendemos que la CENC no hizo más que reiterarlos. Inclusive, no se refiere a lo que entiende por respeto y conveniencia.

¹⁶ DFL 1/19.653. CHILE. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley nº 18.575, orgánica constitucional de bases generales de la administración del Estado. Santiago, Chile, noviembre de 2001.

1.3.1 Petición en términos respetuosos

El diccionario de la RAE¹⁷ señala que el respeto trata sobre demostrar atención por el prójimo, tratar deferente o cortésmente. Esta exigencia es de toda lógica, en especial si consideramos la precisa persecución de conductas que atentan contra la autoridad, tanto de hecho como de palabra, que realiza nuestro Código Penal en los artículos 261 y siguientes. La autoridad merece el trato apropiado que ha de corresponderse a su investidura.

Pero este sólo racionamiento nos parece insuficiente, por cuanto estimamos que el derecho de petición implica también respetar a todo aquel que se pudiera ver afectado por la solicitud y la medida adoptada por la autoridad, tanto en los términos con que se refiere a aquel como respecto de las garantías que la Constitución le reconoce.

Asimismo, debe ser respetuoso con la legislación vigente, tanto en aspecto formales como sustanciales, para efectos de recibir favorable acogida. Por ejemplo, imaginemos la hipótesis base de nuestro estudio que consiste en la petición a una determinada autoridad de la dictación de cierta normativa (vg., una norma técnica), que puede afectar la libre competencia. Precisamos que esta sintonía con la norma sustancial apunta, como señalamos en el siguiente punto, a que la petición sea conveniente o útil en relación a aquella normativa.

1.3.2 Petición conveniente

En lo que se refiere a la conveniencia, la situación de su entendimiento por parte del constituyente es similar a los alcances del concepto respeto. Careciendo de guía, es bueno revisar lo que el diccionario de la RAE nos entrega. A grandes rasgos, la conveniencia se refiere a la utilidad, proporcionalidad, a lo oportuno y provechoso¹⁸.

¹⁷ Diccionario RAE, en http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=respeto (última revisión 06.07.2011).

¹⁸ Diccionario RAE, http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=conveniente (última revisión 06.07.2011).

De esta manera, responde en términos de eficacia hacia la satisfacción de un determinado fin. Esto no es más ni menos que satisfacer un interés público o privado por medio de la solicitud efectuada.

Siguiendo el ejemplo planteado anteriormente, la dictación de una norma técnica por parte de algún organismo regulador sectorial se ha de fundamentar en la necesidad de velar por la seguridad de determinada actividad, transparencia en la información, entre otros.

Si la petición no responde a determinado interés legítimo, que debe ser entendido a la vez como formulado respetuosamente, estaremos frente a un ejercicio incorrecto del derecho de petición y lo razonablemente esperado es el rechazo por parte de la autoridad destinataria. Estaríamos ante un caso en que existe un abuso del derecho.

No obstante lo inferido, precisamos sobre el hecho que la petición idónea, en cuanto al respeto y la conveniencia no significa necesariamente arribar a la conclusión de que la autoridad acogerá aquella y adoptará medidas. Estas deberán analizarse en razón de su mérito y de las condiciones materiales a las que se enfrenta el organismo receptor de la solicitud, que es probable dependan de las restricciones presupuestarias del ente estatal y que determinarán el resultado de la intervención u omisión de este.

1.4 La respuesta de la autoridad como complemento del derecho de petición o derecho a la respuesta

Cierta doctrina ha teorizado sobre los eventuales resultados a los que puede dar luz el ejercicio del derecho de petición¹⁹, respecto a las formas de ser abordada la solicitud por parte de la autoridad, pero ello se escapa del objeto de nuestro trabajo.

Por lo demás, la intención nuestra es aseverar que ejercido este derecho, surge para la persona un derecho a obtener respuesta. Si se prefiere, la autoridad se encuentra enfrentada a la obligación de otorgarla.

¹⁹ CIENFUEGO SALGADO, David. Op. cit., a lo largo de su obra.

Previo a tratar sobre su existencia en la vida del Derecho, es preciso recordar las consagraciones de carácter constitucional (1833, 1925 y 1980), que ya fueron expuestas, de las cuales es patente el hecho de que el constituyente omitió pronunciamiento alguno en este sentido.

Sin embargo, la historia fidedigna contenida en las actas de la CENC nos permite observar como son Alejandro Silva Bascuñán estuvo por incorporar esta obligación.

Inclusive, señaló: “El señor SILVA BASCUÑAN manifiesta que, en relación con este precepto, es de opinión que debe completarse con la obligación de la autoridad de responder y, como consecuencia, la sanción que el legislador pueda establecer para quienes no respeten ese deber”²⁰.

Gustavo Lorca Rojas, por su parte se sumó a los argumentos expuestos y manifestó, respecto del vacío constitucional sobre la obligación de responder, que “Esto se expresa no solamente en el orden general de los particulares, sino que incluso se notó muchas veces en la práctica parlamentaria, en que, a pesar de ser el Parlamento el rango constitucional más alto, se eludía frecuentemente por parte de los Ministros de Estado la obligación de dar respuesta a las peticiones que se le formulaban por parte de los parlamentarios. Cree que sería conveniente establecer la obligación de dar respuesta, en la nueva Constitución”²¹.

Junto con ellos, Enrique Ortúzar y Jorge Ovalle estuvieron por incorporar al precepto constitucional el deber de responder. Jaime Guzmán y Enrique Evans se pronunciaron a favor de mantener la disposición de la Constitución de 1925, señalando los inconvenientes que podría haber significado esta inclusión para el normal funcionamiento de la administración.

De esta manera, la CENC aprobó el proyecto de articulado bajo la siguiente forma: “La autoridad dará respuesta a las peticiones que se formulen conforme a las normas que contempla la ley”.

²⁰ CENC. Actas Comisión de Estudio para la Nueva Constitución, Sesión 125ª, Disponible en http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales-r (última revisión, 01.02.2009), pág. 241.

²¹ *Ibidem*.

Como podemos apreciar, sin omitir los tiempos en que se efectuó la propuesta constitucional, en la mayoría de los integrantes de la Comisión primó la convicción democrática de que la autoridad debía otorgar respuestas a las peticiones de los ciudadanos, ya que el actuar del mundo público debe poseer justificaciones respecto de sus acciones u omisiones. Al menos sobre este punto, la propuesta apuntaba de forma correcta a lo que razonablemente esperamos que exista en un régimen democrático (o existiría en un futuro periodo). No obstante las buenas intenciones, el Consejo de Estado en su informe a la Junta de Gobierno planteó la eliminación de este nuevo inciso.

El gobierno militar hizo suya la formulación de este Consejo y decidió que el derecho de petición terminara siendo consagrado de la forma contenida en la Cartas anteriores.

Sin embargo, estimamos que la consagración de este derecho en nuestra legislación pone a la autoridad en la ineluctable situación de otorgar respuesta ante las solicitudes de las personas.

Algo adelantamos cuando analizábamos los artículos 256 y 158 n° 4 del Código Penal, por cuanto, estos preceptos sancionan con penas de suspensión en el cargo, reclusión o multa a los funcionarios públicos que entorpecieren el ejercicio del derecho de petición. En cuanto al procedimiento que se origina en virtud de la petición, ya señalamos que el art. 8 de la LOCBGAE prescribe que este deberá ser simple y rápido.

De esta manera, nos permitimos concluir que la autoridad debe dar respuesta a las solicitudes que le son presentadas en virtud del ejercicio del derecho de petición, sin que ello signifique un obstáculo para la actividad del servicio o ente administrativo y que debe efectuarse mediante tramitación simple y expedita.

La inobservancia de cualquiera de los elementos que conlleva la idea anterior, significa en nuestra opinión una transgresión del derecho de petición, respecto del cual no procede la acción constitucional de protección, pero que representa una conducta ilícita castigada desde la perspectiva penal y que se le ha procurado las menos trabas posibles desde la óptica administrativa.

2. DERECHO DE ACCIONAR

Aunque en la actualidad se encuentre prácticamente todo dicho sobre la Acción, consideramos que es necesario precisar lo que entendemos respecto a este derecho, para así determinar posteriormente nuestra concepción del abuso procesal y de sus consecuencias respecto de conductas que afectan la libre y/o la leal competencia.

Asimismo, reconocemos las discusiones teóricas respecto a esta potestad, que se han manifestado en las visiones monistas y las dualistas²². Sin ánimo de generar nuevo conocimiento, nos inclinamos por esta última corriente de pensamiento que en términos simples plantea la separación conceptual de la acción con el derecho material exigido en juicio.

En razón de esto, nos encontramos en situación de aseverar que la acción es “el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión”²³.

Es un derecho que se reconoce a todos los individuos con el fin de que puedan poner en movimiento al órgano que detenta la función jurisdiccional del Estado, para efectos de que resuelva mediante el proceso el conflicto de relevancia jurídica que se somete a aquel, y que como veremos más adelante posee consagración a nivel constitucional y de instrumentos internacionales sobre los derechos humanos²⁴.

²² A su vez, esta perspectiva descansa en tres variaciones teóricas: 1.- tesis concreta de la acción (Chiovenda, Calamandrei, Redenti); 2.- tesis abstracta de la acción (Carnelutti, Couture, Alcalá Zamora); y, 3.- tesis abstracta atenuada de la acción (Guasp, Betti, Liebman).

²³ COUTURE, Eduardo. Fundamentos del derecho procesal civil, 3ra. Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997, pág. 57.

²⁴ La Declaración Universal sobre los derechos humanos en su art. 10 expresa “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones (...);” la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos se manifiesta en similares términos “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente(...) para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

En la línea de lo anterior, siguiendo las palabras del profesor Juan Colombo, podemos definir también a la acción como la “facultad que tiene una persona para traspasar su conflicto al proceso, o sea, para usar éste como forma de solucionarlo”²⁵.

Como se observa, contiene esta definición un grado importante de noción ius privatista, ya que se le caracteriza como un atributo de la personalidad. No obstante, por medio de este derecho se ven realizados los más altos fines o deseos de paz anhelados al interior de la comunidad, por cuanto su ejercicio significa necesariamente el recurrir ante un tercero imparcial que resolverá civilizadamente el conflicto jurídico puesto bajo su conocimiento²⁶.

Al mismo tiempo, la acción es condición necesaria para la realización de la jurisdicción, en razón del viejo aforismo “nemo iudex sine actore”. No habrá contienda o juicio sin la intervención del actor. Ciertamente esto se sustenta en el principio dispositivo (principio formativo del procedimiento), con lo que teóricamente es factible que existan casos en que el tribunal ejerza jurisdicción sin que previamente se verifique accionar alguno por parte de un particular, en especial en materia penal.

Sin perjuicio de lo anterior, en nuestra legislación nacional es posible sostener hoy que en materia criminal ya no se verifica la aplicación del principio inquisitivo respecto de la realización de la función jurisdiccional, debido a que el Ministerio Público es el actual órgano que detenta la facultad de ejercer la acción penal pública. En lo referente a la acción penal pública previa instancia particular y la acción penal privada, cabe inferir que no son más ni menos que manifestaciones del principio dispositivo al que hemos hecho referencia.

Por otra parte, la realización concreta de la acción conlleva necesariamente el deber estatal de pronunciarse sobre la cuestión puesta en conocimiento del órgano ad hoc, en razón de habérsenos privado de la primitiva forma de resolución de conflictos que representa la autotutela (o, en el mejor de los casos, la autocomposición). En efecto, el

²⁵ COLOMBO, Juan. “El Derecho Procesal funcional y sus bases constitucionales”. En: Revista de Derecho Procesal N° 19, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago Chile, 1997, pág. 75.

²⁶ COUTURE, Eduardo. Op. cit., pp. 57-59.

Estado por medio de sus órganos jurisdiccionales está obligado a resolver el conflicto en razón de la regla de inexcusabilidad contenida en nuestra legislación.

En primer lugar, el inciso 2° del artículo 10° del Código Orgánico de Tribunales prescribe:

“Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aún por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión.”

Es de tal entidad lo señalado en este artículo que, incluso, en la hipótesis de laguna legal se ha de resolver el conflicto. Conforme a las normas de interpretación de nuestro Código Civil, en caso de que estas máximas no pudieren ser aplicadas, el artículo 24 señala que hemos de recurrir al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.

Inclusive, la Constitución en su artículo 76 inciso 2° utiliza idénticos términos para dar mayor relevancia a este deber que han de acatar los órganos jurisdiccionales.

Asimismo, la defensa de este derecho reviste importancia a la luz del Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos -ratificado y vigente en Chile- que en su artículo 14 expresa:

“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil (...)”

Estas disposiciones no sólo demandan del Estado chileno hacerse cargo de establecer las condiciones materiales idóneas para la realización de esta facultad, sino que, además, a la luz del artículo 5 inciso 2° de la Constitución se le reconoce a este derecho fundamental el valor y protección de equivalente jerarquía que los contenidos en el art. 19 de la misma Carta.

Por lo demás, existen una serie de convenios internacionales que se refieren a este tema, incluyendo la Declaración Universal de los Derechos Humanos que es uno de los documentos centrales que dan razón de ser a la Organización de Naciones Unidas.

2.1 Conceptualización del derecho de accionar

Ciertamente, como bien ya adelantamos, este derecho tiene por fin estimular la actividad jurisdiccional en razón del conflicto de relevancia jurídica que se encuentra envuelto en la pretensión del actor, con lo que se trata de un derecho autónomo.

Sin embargo, estimamos que las enseñanzas del maestro Couture siguen vigentes y adherimos a la noción de concebir a la acción como una manifestación o especie del derecho de petición²⁷. En efecto, este derecho a accionar consiste en el poder jurídico de presentar determinada pretensión al tribunal, para que se resuelva el conflicto que manifiesta y declare favorablemente que el demandado ha de someter su actuar a la pretensión resistida al inicio del proceso.

El derecho de petición es una garantía para los ciudadanos a fin de evitar el abuso por parte de la autoridad, en especial en la época en que uno sólo se jactaba de ser el Estado.

El periodo post revolucionario francés traerá como consecuencia el distinguir con mayor claridad la especificidad de derechos, atendida la división de poderes que se proponía.

De esta manera, separadas las aguas, la acción no es más ni menos que la petición respetuosa y, recalamos, convenientemente efectuada al tribunal para que resuelva determinado conflicto.

²⁷ COUTURE, Eduardo. Introducción al Estudio del Proceso Civil, 2da edición, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1953, pág. 19.

Con todo, cabe reconocer que existe una diferencia que no se refiere a la esencia de estos derechos, sino, más bien, como plantea Couture, a una cuestión de la técnica de este derecho²⁸.

La petición ejercida ante el Congreso o a la autoridad administrativa no conlleva grado alguno de coacción hacia el receptor de aquella, ya que no existe deber jurídico alguno de decidir conforme a los intereses envueltos en la petición.

Sin embargo, la petición efectuada al magistrado no sólo ha de afectar al demandado, tanto en la necesidad de que concurra a defenderse como de la eventual ejecución de lo juzgado por declararse plausible la petición del demandante, sino que, además, obliga a esta autoridad a fin de expedir un cierto pronunciamiento sobre el asunto²⁹. Consecuencia de esta idea es que a nivel legal se establezca este deber y que analizamos en el punto anterior.

2.2 Consagración constitucional

Primeramente, como consecuencia de estimar el derecho de accionar como una derivación histórica del derecho de petición, el artículo 19 numeral 14° de la Constitución asegura a todas las personas “El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes”. De esta manera, una primera aproximación general al derecho de acción nos lleva a reconocer en esta disposición su consagración. Esto ya fue tratado respecto del derecho de petición en sí, pero estimamos prudente afirmar dos asuntos:

- 1) El derecho de accionar al derivar históricamente del derecho de petición encuentra un sustento de garantía en la disposición en comento. No obstante, como apreciaremos, toda afectación a la potestad de accionar se ha de referir

²⁸ COUTURE, Eduardo. Fundamentos del derecho procesal civil, Op. cit, pp. 77-78.

²⁹ *Ibíd.*

específicamente respecto a la consagración contenida en el numeral 3° del citado artículo.

- 2) Es plenamente aplicable al ejercicio del derecho de accionar los requisitos de respeto (por ejemplo, en la posibilidad de tarjar frases irrespetuosas en los escritos o devolución de estos a la parte que los presentó, de conformidad al art. 531 del Código Orgánico de Tribunales) y conveniencia, por cuanto es propio del leal ejercicio de esta facultad. Respecto de lo conveniente, estimamos que esta se refiere al fin o función al que responde el derecho en comento.

En segundo lugar, el numeral 3° del antedicho artículo contiene la consagración específica del derecho de accionar, ya que este asegura a todas las personas “la igual protección en el ejercicio de sus derechos “. La doctrina procesal³⁰ ha concluido que el derecho a iniciar un proceso es consecuencia lógica de haber ejercido el derecho de accionar.

Asimismo, el inciso 5° del mismo numeral señala que todo proceso legalmente tramitado es aquel que nace y se gestiona conforme a las normas legales. De esta manera, si la ley establece la preeminencia del principio dispositivo respecto de cierto procedimiento, este se ha de iniciar en virtud del ejercicio del derecho de accionar sujetado a los requisitos que el legislador hubiere exigido. Por lo demás, ya señalamos en capítulo aparte la actual postergación del principio inquisitivo, aun en materia penal.

Por último, cabe referirse brevemente a la procedencia de la acción de protección contenida en el artículo 20 de nuestra Carta. El texto constitucional concede auxilio en forma exclusiva al inciso cuarto del numeral 3° del artículo 19, referente al juzgamiento por medio de comisiones especiales.

En consecuencia, las transgresiones al derecho de accionar carecen de resguardo por esta acción constitucional en forma directa. Esto último lo sostenemos en razón de considerar que toda privación arbitraria o ilegal del derecho de accionar se encuentra tutelado, más bien, por vía de protección en razón de constituir una coincidente vulneración del derecho de propiedad contenido en el numeral 24° del ya citado

³⁰ COLOMBO, Juan. Op. cit., pág. 76.

articulado, con lo que la tutela se manifiesta en forma indirecta a la potestad de nuestro interés.

2.3 Acerca de la amplitud de ejercicio del derecho de accionar

Sin importar la sede judicial ante la que nos enfrentamos, tanto civil como penal, cada vez que se ponga en movimiento al órgano jurisdiccional nos encontraremos frente a la realización de la Acción.

Sin embargo, este punto no se refiere precisamente a las diferentes materias que deben verse materializadas consecuentemente por el ejercicio de este derecho, sino, más bien, a las innumerables hipótesis fácticas y jurídicas que han de ser objeto de la labor del órgano que detenta la función jurisdiccional.

De esta manera, podemos observar que el campo de acción es amplio, con lo que ello puede estimarse como una eventual arma en contra de terceros u obstáculos para la acción del tribunal.

No obstante, y como ya hemos reseñado y que reiteramos en capítulos posteriores, el derecho de accionar responde a un fin o función clara, que está motivada en poner en movimiento al órgano jurisdiccional a fin de que se pronuncie acerca de un conflicto intersubjetivo de intereses de relevancia jurídica.

En consecuencia, si la acción no responde a ello nos enfrentamos a un caso de abuso del derecho, que debe ser rechazado por parte del tribunal. Al referirnos al abuso procesal observaremos los momentos en que ello se ha de verificar.

Este fin o función y sus consecuencias, las extraemos a la luz de ciertas disposiciones que encontramos en diferentes cuerpos normativos. Por ejemplo, el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil³¹ prescribe en su numeral 4°:

³¹ LEY 1.552. Código de Procedimiento Civil, Chile y modificaciones posteriores, Diario Oficial Agosto 1902.

“Art. 254 (251). La demanda debe contener: (...)

4° La exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya”

Aunque esta disposición establece exigencias de carácter más bien formal a la realización fáctica de la acción y pretensión, que representa el escrito de demanda, no nos cabe duda que el legislador busca que el tribunal conozca de aquellos asuntos que reflejen un claro conflicto relevante para el derecho.

En caso que así no lo fuere, de conformidad al artículo 256³² del mismo Código, el tribunal no se encuentra facultado para no dar curso a la demanda de manera oficiosa y deberá ser el propio demandado el que alegue por vía de excepción dilatoria la ineptitud del libelo por presentaciones ininteligibles o que trate de hechos sin relevancia para el derecho. En este caso, se tratará de la dilatoria contenida en el artículo 303 enumerada como 4ta³³. Hecha valer esta excepción, el tribunal le dará tramitación incidental³⁴ y se procederá a otorgar traslado por tres días a aquella parte contra quién se alega (actor) para que efectúe sus descargos, quedando el asunto en estado de acogerse a prueba o ser fallado de plano si no existieren puntos pertinentes y controvertidos a verificar.

No siendo precisamente los estados anteriores de nuestro interés, una vez que el tribunal resuelva sobre estas excepciones estaremos frente a dos situaciones. La primera se refiere a que una vez rechazadas las excepciones opuestas, el demandado deberá proceder a contestar la demanda dentro del plazo fatal de 10 días³⁵.

³² Art. 256. Puede el juez de oficio no dar curso a la demanda que no contenga las indicaciones ordenadas en los tres primeros números del artículo 254, expresando el defecto de que adolece.

³³ Art. 303. Sólo son admisibles como excepciones dilatorias: [...] 4a. La ineptitud del libelo por razón de falta de algún requisito legal en el modo de proponer la demanda.

³⁴ Art. 307. Las excepciones dilatorias se tramitarán como incidentes.

³⁵ Art. 308. Desechadas las excepciones dilatorias o subsanadas por el demandante los defectos de que adolezca la demanda, tendrá diez días el demandado para contestarla, cualquiera que sea el lugar en donde le haya sido notificada.

La segunda situación se refiere a que estas excepciones sean acogidas por el juez, caso en que si el vicio del libelo es subsanable, se ordenará al actor a efectuarlo y una vez efectuado comenzará a computarse el plazo de 10 días reseñado.

Sin embargo, existe una variante de nuestro interés y que refiere a la imposibilidad de subsanar el vicio, con lo que el tribunal deberá poner término al procedimiento. Esto ha de suceder cuando no nos enfrentemos a un hecho de relevancia jurídica, con lo que estaríamos frente a una desviación del fin o función al que responde el derecho de accionar. Ciertamente este planteamiento puede dar lugar a abusos por parte del juzgador, pero, teniendo presente la consagración constitucional de este derecho, es correcto afirmar que si el tribunal no logra la convicción de que este asunto carece de relevancia jurídica, se deberá resolver dar curso a la demanda que se encuentra conociendo.

En la línea de lo anterior, debemos considerar la actual redacción del inciso 2° del art. 20 del DL 211, que a propósito del escrito de Requerimiento o demanda se prescribe lo siguiente:

“[d]eberá contener la exposición clara y determinada de los hechos, actos o convenciones que infringirían la presente ley e indicar el o los mercados en que incidiría la presunta infracción. En el evento que la demanda o requerimiento no contenga las indicaciones señaladas previamente o cualquiera otra de las exigidas por el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil y demás reglas aplicables, el tribunal dará un plazo de tres días hábiles para que el demandante o requirente subsane dichas omisiones. Vencido el plazo anterior, sin haber sido subsanadas las omisiones, el tribunal mediante resolución fundada, podrá no admitir a tramitación la demanda o el requerimiento”.

Siendo exigibles tanto los requisitos del art. 254 del Código de Procedimiento Civil como el señalamiento de la conducta anticompetitiva y del o los mercados afectados, en el caso que fueren omitidos el Tribunal de Competencia de oficio ordenará que en un plazo de 3 días hábiles se subsanen aquellas, quedando facultado para no admitir a

tramitación dichos actos procesales en el caso que esta situación no fuere corregida. Recalcamos la relevancia de esta norma, por cuanto establece una primera cortapisa a aquellas presentaciones irrelevantes jurídicamente y que opera de oficio.

En nuestro Código Procesal Penal³⁶ también se contemplan similares restricciones en los artículos 113, 114, 231 y 173³⁷.

³⁶ LEY 19.696. CHILE. Establece Código Procesal Penal, Diario Oficial Octubre 2000.

³⁷ Desde la óptica penal, podemos observar similares exigencias. Por ejemplo, el Código Procesal Penal al referirse a la querella prescribe en el art. 113 “Requisitos de la querella. Toda querella criminal deberá presentarse por escrito ante el juez de garantía y deberá contener: [...] d) La relación circunstanciada del hecho, con expresión del lugar, año, mes, día y hora en que se hubiere ejecutado, si se supieren”. No nos cabe la menor duda que este Código espera que la querella satisfaga la presentación de un asunto que interesa al iuspunienti estatal, con lo que no podría versar sobre hechos o incidentes irrelevantes jurídicamente.

Para efectos de reafirma lo expuesto, el legislador efectúa una nueva referencia a este asunto, al tratar de la inadmisibilidad de la querella. Es así como el artículo 114 expresa “Inadmisibilidad de la querella. La querella no será admitida a tramitación por el juez de garantía: [...] c) Cuando los hechos expuestos en ella no fueren constitutivos de delito; d) Cuando de los antecedentes contenidos en ella apareciere de manifiesto que la responsabilidad penal del imputado se encuentra extinguida. En este caso, la declaración de inadmisibilidad se realizará previa citación del ministerio público, y [...]”. El literal c) subentiende que el hecho debe ser relevante para que el sentenciador penal se pronuncie sobre el asunto. Inclusive, inmediatamente después se refiere a la extinción de la responsabilidad penal, con lo que nuevamente reafirma que hay hechos que deben descartarse de la competencia de órgano jurisdiccional por carecer de interés plausible para su castigo. Asimismo, en lo referente a la denuncia podemos advertir que nuevamente se refiere hechos que revisten la calidad de delito, por lo tanto de interés su persecución. Esto lo observamos en el artículo 173 que prescribe “Denuncia. Cualquier persona podrá comunicar directamente al ministerio público el conocimiento que tuviere de la comisión de un hecho que revistiere caracteres de delito”.

Junto con ello, el Código Procesal Penal al referirse a la formalización de la investigación en el artículo 231 establece perentoriamente la necesidad de indicar el delito y grado de participación que se le atribuye al imputado, con lo que nuevamente damos vuelta en derredor a este hecho relevante. Este artículo señala “Solicitud de audiencia para la formalización de la investigación. Si el fiscal deseara formalizar la investigación respecto de un imputado que no se encontrare en el caso previsto en el artículo 132, solicitará al juez de garantía la realización de una audiencia en fecha próxima, mencionando la individualización del imputado, la indicación del delito que se le atribuyere, la fecha y lugar de su comisión y el grado de participación del imputado en el mismo”.

Sin perjuicio de que nuestros planteamientos van en la línea de dar luces sobre el abuso que perpetra un cierto agente, la redacción del artículo 231 nos es útil para efectos de inferir que el legislador ha establecido una serie de cortapisas a aquellas acciones que no llevan envuelta la exigencia del conflicto que realmente nos preocupa en nuestra disciplina. Por lo demás, cabe señalar que es posible verificarse abusos por parte de los actos del Ministerio Público, con lo que no eludimos eventuales disquisiciones sobre si este ente administrativo es hábil para realizar este tipo de conductas. Escapa de nuestra labor.

En virtud de la evidencia legal expuesta, entendemos que el derecho de accionar es por naturaleza concebida como una potestad amplia en lo que se refiere a los hechos o conflictos que se han de poner en conocimiento del órgano jurisdiccional, mas ello no justifica presentaciones carentes de fundamento o relevancia idónea para que sea conocida por el tribunal. Asimismo, hemos planteado el rechazo in limine litis de aquellas acciones, lo que deberá encontrarse asentado en virtud de haber llegado a la convicción suficiente para declarar ello y, en caso contrario, dar curso progresivo a la petición expuesta en el escrito de demanda o recurso presentado, sin perjuicio de que al resolverse el asunto por sentencia definitiva se ponga de manifiesto la frivolidad al ejercerse este derecho y, por ende, se condene en costas. Si esta condenación no es suficiente para compensar los costos asociados a la litis, podrían verificarse posteriores juicios de responsabilidad que permitan subsanar dichos perjuicios.

CAPITULO II. ABUSO DEL DERECHO DE PETICION Y DE ACCIONAR

Sin perjuicio de la importante consagración constitucional de los derechos de petición y de acción, y el amplio campo de acción que se les garantiza, el ejercicio de estos derechos está afecto a límites o exigencias impuestas por nuestra legislación por vía de requisitos, principalmente en términos formales.

Junto con ello, surge como importante restricción el concepto del abuso de derecho. Lógicamente, esta es una teoría que apunta a la generalidad de los derechos subjetivos, pero que en nuestra labor centraremos en las potestades ya analizadas.

Por último, manifestamos previamente dos aclaraciones. Primeramente, que entendemos y comprendemos que la expresión abuso del derecho no es precisamente correcta, por cuanto el abuso que se verifica es respecto al ejercicio del derecho. Sin perjuicio de que esto último es lo óptimo en cuanto a la conceptualización del abuso, para efectos de este trabajo tendrá valor tanto hablar del abuso del derecho propiamente como del abuso en el ejercicio del derecho. Escapa de nuestra labor el efectuar las precisiones que ha planteado la doctrina³⁸. No obstante, realizaremos cierta precisión al finalizar este capítulo.

En segundo lugar, en la línea de lo anterior, hacemos eco de quienes propugnan la necesidad de superar esta teoría, por cuanto estaría de más. Planiol, Buadry-Lacantinerie, Barde, Demogue y Diguit, combaten la idea del abuso del Derecho, por cuanto esta situación es en sí una contradicción, en razón de que no es plausible

³⁸ Véase, ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 185; FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Abuso del derecho, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002, pp. 87-89; VARGAS, Abraham Luis. "El ejercicio abusivo del proceso (criticismo y relativismo filosófico-científico vs. Existencialismo y realismo legislativo, jurisprudencial y doctrinaria)", EN: PEYRANO, Jorge, y RAMBALDO, Juan Alberto. Abuso procesal, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, pp. 289-290.

encontrarnos ante una conducta que es a la vez conforme y contraria al derecho. Al momento de exceder los límites lícitos del ejercicio de un derecho ya no nos encontraríamos dentro de la esfera que aquel garantiza, es decir, fuera de estos límites ya no hay derecho³⁹.

Josserand⁴⁰ contestará a dicha crítica señalando la inexistencia de aquella contradicción, dado que un mismo acto puede ser al mismo tiempo conforme y contraria a Derecho, en virtud de que debemos considerar la presencia de un derecho subjetivo, entendida como la facultad otorgada a una persona para realizar determinados actos, y, por otra parte, un derecho objetivo o general, configurado por un conjunto de reglas jurídicas respecto del cual el ejercicio del derecho subjetivo es ilícito. Así, por ejemplo, quien abre un pozo en su heredad sin que ello le reporte utilidad, y a su vecino le ha significado que sus pozos sufran la pérdida del agua, ha ejercido su derecho de dominio, pero que entra en conflicto con el Derecho en general, de modo que estaremos ante un abuso y en aplicación del artículo 56 del Código de Aguas aquel nuevo pozo será mandado cegar.

A continuación, analizaremos someramente los planteamientos de la teoría, su inclusión en la legislación y jurisprudencia, y finalizaremos tratando el objeto de nuestro estudio.

1. SURGIMIENTO DE LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO

La idea del abuso de derecho ha venido a ser conocida de forma más bien reciente⁴¹, considerando que esta figura recién asoma con posterioridad al Código Napoleónico, a partir de las sentencias francesas de las cortes de Colmar, de 1855, y de Lyon, de 1856.

³⁹ ALESSANDRI. Op. cit., p. 185; BARROS BOURIE, Enrique. Tratado de responsabilidad extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 622-623.

⁴⁰ ALESSANDRI. Op cit., p. 185.

⁴¹ Reciente en cuanto a si consideramos el inicio del estudio del derecho romano.

En el derecho romano se habría entendido como un medio inútil la teoría en comento, ya que por cualquier otra vía habría sido posible la obtención de los fines a los que apunta aquella. La razón de esto estaba dada porque “el Derecho romano no contiene una determinación fija de los derechos subjetivos, ya que el derecho pretoriano los amoldaba a las necesidades de la vida real mediante la invocación del fecundo principio de equidad (...); el órgano llamado a administrar justicia adaptaba permanentemente el sistema normativo a las necesidades de coexistencia”⁴².

En el Derecho medieval se sigue desconociendo este tipo de creación normativa. Sin perjuicio de lo anterior, una serie de prohibiciones buscaba hacer frente a los actos emulativos⁴³, que tenían por finalidad el ejercicio de un derecho subjetivo con la ignominiosa o encubierta intención de provocar perjuicio a otro individuo o a cosa ajena. Esto es consecuencia de las revolucionarias y moralizantes ideas provenientes del cristianismo, que impregnando estos actos podemos considerar como un germen de lo que en el futuro será la idea del abuso del derecho⁴⁴. Cabe resaltar el interés por ahondar en el fuero interno del agente que mal utiliza un derecho subjetivo y que prevalece en estos actos. Esto también se puede verificar en la teorización sobre la causa de los actos jurídicos con el objetivo de moralizar la conducta de las personas. A la época, la teoría de los móviles era la doctrina imperante.

Esta teoría de los actos emulativos se centró en el ejercicio de derecho reales y en el Derecho de las obligaciones, buscando, fundamentalmente, regular las relaciones de vecindad.

Este tipo de actos no era conocido en el Derecho Romano, ya que la propiedad raíz estaba separada de la del vecino por una franja de tierra que a ninguno de los dos pertenecía, de forma que no eran posibles los conflictos (en interés nuestro, específicamente los abusos).

⁴² ATIENZA, Manuel, y MANERO, Juan Ruiz. *Ilícitos atípicos: sobre el abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder*, Editorial Trotta, Madrid, 2000, p. 33.

⁴³ *Ibidem*, p. 34; Véase también, FERNÁNDEZ SESSAREGO, op. cit., p. 33.

⁴⁴ Sin perjuicio de ser un germen, en caso alguno se trata de una cláusula general de excepción que señala cuando el ejercicio de un derecho subjetivo es ilícito.

Junto con la prohibición de actos antisociales en el ejercicio del derecho de propiedad, el Derecho Medieval nos entregó una serie de presunciones que tenían por objetivo dar por acreditado el ánimo de emular o perjudicar.

No obstante lo señalado, no será sino hasta mediados del siglo XIX que la jurisprudencia y doctrina francesa hablarán del abuso. Con motivo de la dictación del Código Napoleónico, inspirado en el ideal libertario de la revolución que derroca a Luis XVI y al individualismo imperante en la época, que no otorgaba claras soluciones a las problemáticas de legitimación moral del ejercicio de los derechos, la judicatura iniciará el proceso que contrarrestará esta carencia. Al analizar las corrientes subjetivistas sobre la teoría objeto de nuestro estudio podremos observar como las Cortes de Colmar y de Lyon provocan su nacimiento.

Por último, es necesario referirnos a lo que sucede en los sistemas jurídicos del “common law”. Tal como sucedía en el Derecho Romano, la teoría del abuso del derecho no ha sido integrada. Aunque es regular que se hable de “abuse of right” o “abuse of freedom”, en especial referente a la libertad de expresión, en caso alguno nos encontramos ante la figura en comento⁴⁵. La razón está dada por las facultades que se otorgan al juez, donde puede apartarse de aplicar la regla dada para el caso en concreto, con motivo de existir condiciones especiales que justifican una solución diferente al conflicto. Esta facultad de revisibilidad de las reglas es algo que podría asimilarse a lo que acaecía con la labor del pretor, quién recurriendo a la equidad habría estado en condiciones de generar Derecho.

De esta manera, podemos afirmar que la Teoría del Abuso del Derecho es una construcción propia del Derecho continental europeo, como respuesta a la excesiva exaltación de la libertad e individualismo, y que, consecuentemente, ha inspirado a Latinoamérica.

⁴⁵ ATIENZA y MANERO, op. cit., pp. 34 y ss.; Véase también, FERNANDEZ SESSAREGO, op. cit., p. 30 y ss.

2. SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO

Podemos clasificar en tres grandes grupos las corrientes acerca de la manera de determinar la existencia de abuso en el ejercicio de un derecho. A saber: 1) Posición subjetiva, 2) Posición objetiva, 3) Posición o solución mixta. A continuación procederemos a analizar estas posiciones, teniendo presente el camino que ya fue recorrido por el profesor Carlos Fernando Sessarego⁴⁶,

2.1 Corriente Subjetiva

Esta teoría tiene su origen en la jurisprudencia francesa, específicamente en las sentencias emitidas por los tribunales de Colmar, de 1855, y el de Lyon, de 1856. La primera se refiere al caso de un propietario que edificó una chimenea de importante tamaño y de la que no se reportaba utilidad, precisamente delante de la ventana de su vecino (con quién no mantenía buenas relaciones), con el mero objetivo de bloquear el paso de la luz. El tribunal determinó en su resolución “si es cierto que el derecho de propiedad es un derecho de algún modo absoluto, autorizando al propietario al uso y al abuso de la cosa, sin embargo, el ejercicio de ese derecho, como el de cualquier otro, debe tener límite la satisfacción de un interés serio y legítimo”⁴⁷. Como se observa, se reconoce el derecho subjetivo, mas su ejercicio carecía de interés serio y legítimo, ya que no le reportaba beneficio alguno a su dueño.

Esta sentencia representa un germen de la teoría del abuso del derecho y es un ataque directo a los cimientos del individualismo imperante en el periodo post-revolucionario, porque establece que el ejercicio el derecho de propiedad puede ser tanto usado como abusado, siendo en este último caso reprochable desde la perspectiva jurídica. Además, este fallo impone requisitos al ejercicio de este derecho, el cual deberá ser serio y legítimo en lo que respecta a su interés.

⁴⁶ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Op. cit., pp. 125-135.

⁴⁷ Ibídem, p. 109.

La segunda sentencia citada, de Lyon, versó sobre la disputa entre un vecino que instaló una bomba de extracción o succión de agua en su heredad, con el único propósito de obstaculizar el acceso al recurso hídrico por parte de su colindante. Inclusive, el agua no era en absoluto utilizada por el primero. La Corte de Lyon resolvió condenar al propietario de la bomba de succión, ya que se había servido de un derecho con el mero interés de perjudicar a otro y, por tanto, abusó de aquella prerrogativa⁴⁸.

De lo expuesto, el abuso del derecho se conceptualiza como el resultado del ejercicio de un derecho subjetivo con el fin de provocar un daño o perjuicio a otra persona o, de otra forma, no le reporta beneficio alguno⁴⁹. De lo expuesto y continuando en la senda del profesor Fernández Sessarego, se puede establecer que este abuso se verifica bajo los siguientes criterios: a) intención de causar perjuicio; b) acción culposa o negligente, y c) no existencia de un interés serio y legítimo para el agente⁵⁰. Dentro de la postura en estudio, la comprobación empírica de estos criterios conlleva necesariamente identificar el abuso en comento.

Las críticas efectuadas a esta corriente son de toda lógica y apuntan a la dificultad de poder determinar la intención del agente que presumiblemente abusa, ya que es del todo complejo el probar una determinada intencionalidad existente. Esto se refiere a interiorizarnos acerca del fuero interno de un sujeto, quien, por lo demás, carece de incentivos para delatar su ánimo de abusar, de forma que aumenta la complejidad probatoria en juicio.

Una segunda tendencia, aportada por la doctrina francesa, propuso que bastaría con el actuar negligente del agente generador del perjuicio para establecer la existencia del abuso⁵¹. Circunscribir este tema a la intencionalidad o a la negligencia (culpa o dolo) es limitativo, ya que quedan fuera de su órbita una serie de conductas,

⁴⁸ *Ibídem*, p. 111.

⁴⁹ *Ibídem*, p. 125.

⁵⁰ *Ibídem*.

⁵¹ *Ibídem*, p. 126.

esencialmente por la dificultad probatoria, dado que los desincentivos a este tipo de tácticas son bajos. Junto con ello, razonablemente, podríamos concluir que echar mano a las figuras ilícitas del delito civil bastaría para señalar que la conducta del agente generador del daño es reprochable frente al Derecho, con lo que valdría mayormente la pena de desestimar esta teoría.

Una tercera propuesta de esta corriente subjetivista apunta a que el trasfondo del asunto redunde en la falta de interés legítimo por parte del agente. Esta vertiente supera el análisis de la culpa o el dolo, pero no prescinde absolutamente de la intención del sujeto, con lo que se adolece de similares críticas, por cuanto bajo esta visión deberemos escudriñar en si quien ejerce un derecho poseía o no un interés plausible al momento de ejecutar la conducta. Nuevamente debemos adentrarnos en el fuero interno.

Asimismo, la concepción subjetivista deja fuera una serie de hipótesis en que, prescindiendo del interés, se afecta bienes jurídicos protegidos como la moral y las buenas costumbres, entre otros.

En razón de lo expuesto, esta corriente no nos ofrece suficientes herramientas para considerarla como plausible a la hora de dar por establecido la existencia del abuso.

2.2 Corriente Objetiva

También denominada como finalista o funcionalista, la corriente objetiva prescinde de la intencionalidad o falta de cuidado o carencia de interés legítimo, apuntando específicamente a la anormalidad en el ejercicio del derecho. Es decir, una alteración de la finalidad o función socioeconómica a la que responde o justifica al derecho, que es la que se contiene en la ley o cuerpo legal que consagra esta prerrogativa.

Cuantitativamente hablando, han sido numerosos los autores que han identificado esta transgresión o alteración de función o fin en el sentido de que ello ocurre cuando se atenta contra la moral o las buenas costumbres. Así, según Jean Dabin, “en la sociedad nada hay estable, sino más bien todo está en movimiento, es dinámico,

cambiante, incluyendo los derechos. De ahí que el fin social de los derechos, norma y medida de éstos, jamás estaría al descubierto y revelado más que por el ideal colectivo del momento, del que el juez es en cada instante y en cada caso el intérprete”⁵². En concepto del autor citado, existe una legitimidad más allá de lo jurídico y que redundaría en la moral. Sólo bajo esta perspectiva es posible determinar la ocurrencia del abuso, que, por lo demás, se refiere a deberes morales para con el resto de las personas que nos rodean.

Esta corriente ha sido objeto de críticas indudablemente. Podemos citar a Pablo Rodríguez Grez⁵³, quién rechaza la idea de una legitimidad metajurídica (legitimidad moral) que es consecuencia de desviar la función o fin del derecho hacia los principios generales del derecho (moral, buenas costumbres, buena fe). Asimismo, plantea la confusión entre el bien jurídico protegido o tutelado y aquel fin o función.

2.3 Corriente mixta

Frente a las posturas ya reseñadas, una serie de autores comprendieron que las corrientes descritas no se contraponían fundamentalmente, siendo posible la complementación de ambas perspectivas. El principal exponente de este punto de vista fue Jossérand⁵⁴.

La tesis plantea que los criterios objetivos y subjetivos se combinan y se dará preponderancia a alguno de ellos dependiendo del punto de vista al que se atiende en determinado caso concreto.

No obstante, para Jossérand el criterio decisivo para dar por establecido el abuso es atender a la desviación del fin o de la funcionalidad del derecho. Sin embargo, este

⁵² Ibidem, p. 130. Fernández Sessarego citando a Jean Dabin, en su obra el derecho subjetivo, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

⁵³ RODRIGUEZ GREZ, Pablo. El abuso del derecho y el abuso circunstancial, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 171.

⁵⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Op. cit., p. 133.

criterio se debe ponderar o complementar con dos elementos subjetivos propios del autor: la culpa en la ejecución del acto y la falta de interés serio y legítimo para sustentar aquel.

Fernández Sessarego termina destacando^{55/56} que para estar frente a un acto abusivo, el juez debería tener en consideración la existencia de los siguientes factores: 1) intención de dañar; 2) ausencia de interés; 3) si se ha elegido, entre varias maneras de ejercer el derecho, aquella que es más dañosa para otros; 4) si el perjuicio ocasionado es anormal o excesivo; 5) si la conducta o manera de actuar es contraria a las buenas costumbres; 6) si se ha actuado de manera no razonable, repugnante a la lealtad y a la confianza recíproca; 7) si el comportamiento del agente no concilia con la finalidad económico social del derecho.

Nos merece comentar sobre la ambigüedad de la doctrina mixta, por cuanto, no se advierten patrones claros y coherentes que nos permitan arribar en forma certera a la conclusión de cuándo ha de primar uno u otro enfoque. Por lo demás, pareciera que esta visión reúne críticas generadas a las anteriores tesis, más que darlas por descartadas.

3. ACOGIDA DE LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO EN CHILE

3.1 Legislación nacional

Cabe señalar que en términos de actividad legislativa, la figura del abuso del derecho no ha sido recogida expresamente. A diferencia de los que sucede en otras legislaciones, bastante cercanas geográficamente, y que analizaremos más adelante.

Sin perjuicio de lo anterior, la creatividad jurisprudencial y la interpretación efectuada respecto de ciertas disposiciones han derivado consecuentemente en recoger esta teoría.

⁵⁵ Ibidem, p. 135. Citando a Guillermo Borda, Tratado de Derecho Civil. Parte general, 1970.

⁵⁶ BORDA, GUILLERMO A. Manual de Derecho Civil – Parte General, Decimoctava edición actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 33.

Disposición fundamental a este respecto es el inciso primero del artículo 56 del Código de Aguas⁵⁷, que en el pasado estaba contenido en el art. 945 del Código Civil, que prescribe:

“Cualquiera puede cavar en suelo propio pozos para las bebidas y usos domésticos, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimente algún otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlo.”

Si recordamos nuestros primeros estudios en Derecho Civil sobre el derecho de dominio, podíamos advertir que el artículo 582 del Código de Bello prescribe que el ejercicio de este derecho no puede ser contra ley o contra derecho ajeno, pero en caso alguno encontramos una limitación de la entidad observada en el Código de Aguas, donde si el nuevo pozo no reporta utilidad o no es comparable con el perjuicio que fue el pozo vecino, el primero deberá cegarse. Es así que, en opinión de Arturo Alessandri, el derecho de propiedad no ha sido conferido para perjudicar a otro, sino para usar y obtener provecho de la cosa sobre la que se tiene el dominio. Lo que excediere de ello es un abuso⁵⁸.

Corresponde señalar que la interpretación de esta norma no es pacífica en doctrina. Por ejemplo, Antonio Vodanovic⁵⁹ hace ver que esta norma daría cabida, más bien, a la teoría de la colisión de derecho, ya que el art. 56 opera bajo la hipótesis de conflicto entre dos derechos (abrir un pozo de dominio propio y el derecho del colindante a usar el pozo ya abierto) y no de un conflicto entre el ejercicio de un derecho y el de un interés (como el de aquel a quién le han bloqueado el acceso a luz por la construcción de una muralla) como sucede en el abuso. En virtud de esta teoría, frente a la antinomia se ha de preterir a un segundo lugar el derecho de menor valor, siendo en esta disposición el pozo de menor utilidad. Alessandri es quién ha predominado.

⁵⁷ DFL 1122. CHILE. Fija texto del Código de Aguas y sus modificaciones, Diario Oficial Octubre 1981.

⁵⁸ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. Op. cit., p. 188.

⁵⁹ ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, y VODANOVIC, Antonio. Tratado de los Derechos Reales Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 6ta edición, Santiago, 1997, pp. 79-80.

Junto con esta máxima, Alessandri nos enseña sobre el art. 2110 de nuestro Código Civil que dispone que la renuncia del socio no tendrá valor si se hiciere de mala fe o intempestivamente⁶⁰. Los artículos 2111 y 2112 expresan cuando ello sucede:

“Art. 2111. Renuncia de mala fe el socio que lo hace por apropiarse una ganancia que debía pertenecer a la sociedad; en este caso podrán los socios obligarle a partir con ellos las utilidades del negocio, o a soportar exclusivamente las pérdidas, si el negocio tuviere mal éxito.”

“Art. 2112. Renuncia intempestivamente el socio que lo hace cuando su separación es perjudicial a los intereses sociales. La sociedad continuará entonces hasta la terminación de los negocios pendientes, en que fuere necesaria la cooperación del renunciante.”

Como podemos deducir, el socio tiene el derecho de separarse de la relación societaria, que inclusive es absoluto en cuanto a escindirse, mas su límite externo está dado por el abuso que se haga de aquel.

Otra disposición que se inspira en esta teoría, conforme las palabras de Alessandri, es la del inciso segundo del art. 280 de nuestro Código de Procedimiento Civil, que se refiere al que ha iniciado juicio por vía de una medida cautelar prejudicial y no ha interpuesto demanda en el plazo legal de 10 días o no ha solicitado la mantención de la medida, o pidiendo ello al órgano jurisdiccional se rechaza. Se entiende que será responsable de los perjuicios irrogados a su contendor. El fundamento de esto es desincentivar las peticiones prejudiciales abusivas.

“Art. 280: (...) Si no se deduce demanda oportunamente, o no se pide en ella que continúen en vigor las medidas precautorias decretadas, o al resolver sobre esta petición el tribunal no mantiene dichas medidas, por este solo hecho quedará responsable el que las haya solicitado de los perjuicios causados, considerándose doloso su procedimiento.”

⁶⁰ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. Op.cit., p. 187-188.

Destacamos el hecho de que el legislador estima como dolosa esta conducta, alterando la carga de la prueba, de manera que quien no demanda oportunamente o no solicita la vigencia de las medidas deberá acreditar que esta situación se ha producido de buena fe y así evitar la condena por los perjuicios irrogados a la contraparte.

Continuando con otros casos, en materia de juicio ejecutivo, el que hubiere iniciado demanda y al poco andar del proceso se desiste de ella con reserva de acciones (para ejercer por vía ordinaria), podrá ser declarado responsable de todos los perjuicios que ocasionó con su conducta precipitada. El inciso final del art. 467, del ya citado código, prescribe:

“Responderá el ejecutante de los perjuicios que se hayan causado con la demanda ejecutiva, salvo lo que se resuelva en el juicio ordinario.”

En la línea de lo anterior, en capítulo siguiente observaremos acerca de la indemnización de perjuicios que puede obtenerse bajo la Ley 20.169 sobre competencia desleal cuando la conducta ilícita consiste en el ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente del mercado.

En el antiguo Código de Procedimiento Penal⁶¹ se reconocía la responsabilidad del querellante que desistiere de su acción penal pública o privada en los artículos 32⁶² y 34⁶³, y la del denunciante o querellante de quienes fuere declarado el ejercicio de estos actos jurídicos procesales como calumniosos, en los artículos 87⁶⁴, 117 y 576⁶⁵. Para

⁶¹ LEY 1853. CHILE. Código de Procedimiento Penal, Diario Oficial Febrero 1906.

⁶² Art. 32. (52) El desistimiento de la acción privada producirá el sobreseimiento definitivo de la causa, cualquiera que sea el estado en que se encontrare; y el tribunal condenará al querellante al pago de las costas.

⁶³ Art. 34. (54) El desistimiento de la acción pública o privada deja a salvo el derecho del querellado para ejercitar, a su vez, contra el querellante la acción penal o civil a que dieren lugar la querella o acusación calumniosa, y los perjuicios que les hubiere causado en su persona o bienes.

⁶⁴ Art. 87. (108) El denunciante no contrae otra responsabilidad que la correspondiente a los delitos que hubiere cometido por medio de la denuncia o con ocasión de ella .

Alessandri “la acción penal no se confiere para arrastrar a otro a los tribunales innecesaria o injustamente, sino para obtener su castigo, si ha delinquido”⁶⁶. En la actualidad, el Código Procesal Penal en su artículo 119⁶⁷ se refiere a la posibilidad de obtener resarcimiento por parte del querellado objeto de calumnia

En materia de quiebras, el Código de Comercio⁶⁸, en su libro cuarto, el inciso tercero del artículo 45 se refiere a la solicitud de quiebra efectuada por el acreedor respecto de su deudor, quién ha requerido del juez esta declaración en forma abusiva.

“art. 45°: (...) Si la solicitud fuere desechada en definitiva, el deudor podrá demandar indemnización de perjuicios al acreedor, si probare que éste ha procedido culpable o dolosamente.”

Por último, como ejemplo, Alessandri⁶⁹ señala la ya derogada Ley n° 6071, de 1937, sobre la propiedad de pisos y departamentos en un mismo edificio (materia que actualmente es regulada por la Ley 19.537 sobre copropiedad inmobiliaria) y que fue elaborada por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. El oficio remitido por nuestra Facultad al Presidente de la República, quién lo reprodujo en el mensaje una vez enviado al Congreso Nacional, señalaba “La finalidad de la ley debe ser proporcionar a cada dueño de piso la independencia y tranquilidad necesarias para vivir con comodidad y con orden a él. Esta finalidad sólo puede obtenerse obligando a cada cual a hacer una vida tranquila y sancionando todo acto que rompa la

⁶⁵ Art. 576. (620) Cuando la querella verse sobre calumnia o injuria proferida por escrito, se presentará el documento que la contuviere.

Si hubiere sido inferida en juicio, acompañará el querellante un testimonio del escrito o documento en que se hubiere vertido, un certificado en que consten la terminación del juicio y la resolución del tribunal que hubiere declarado que la calumnia o la injuria dan mérito para proceder criminalmente.

⁶⁶ *Ibíd*em, p. 188.

⁶⁷ Artículo 119.- (...) El desistimiento de la querella dejará a salvo el derecho del querellado para ejercer, a su vez, la acción penal o civil a que dieren lugar la querella o acusación calumniosa, y a demandar los perjuicios que le hubiere causado en su persona o bienes y las costas.

⁶⁸ En virtud de la Ley 20.080 de 2005 se reincorporó esta materia al Código de Comercio.

⁶⁹ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. *Op. cit.*, p. 188.

normalidad de la existencia del hogar, sólo así se ejercitará legítimamente el derecho de propiedad sobre el piso o departamento. En la imposibilidad de contemplar cada caso de abuso o de extralimitación del derecho de propiedad, se han dado las normas generales para que el tribunal pueda apreciar cada infracción en particular”. Esta normativa poseía una clara inspiración contraria a la figura del abuso del derecho.

Otorgaría una importante certeza a la labor doctrinaria y judicial si el legislador recogiera expresa y orgánicamente la teoría del abuso del derecho, de forma de facilitar la persecución o castigo de este tipo de conductas. Sin embargo, entendemos que nuestra legislación se encuentra inspirada por este principio general⁷⁰, con lo que no es dable el rehuirle. Por lo demás, más adelante observaremos que en materia de Competencia Desleal es sancionable el ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales y, como agregado, la Ley 20.423 sobre Desarrollo del Turismo en su art. 51 remite a la Ley 20.169 estas conductas que afectan a un agente de mercado.

3.2 Jurisprudencia nacional

Primeramente, nuestra jurisprudencia ha señalado que este es un tipo de ilícito civil, en razón de los principios que rigen en materia delictual y cuasidelictual de nuestro Código Civil. Esto es, en cuanto al origen de la responsabilidad civil por el abuso del derecho⁷¹. Esto fue inferido así por la Corte Suprema en uno de los primeros fallos que se conocen al respecto, de noviembre de 1917, en la causa “Wessel, Duval y Cía. Contra Eugenio Errázuriz”. Este último compró un automóvil Paige a los primeros y en caso alguno se sintió a gusto con la adquisición, exigiendo ciertas reparaciones de toda índole. Ante los constantes reclamos por parte del señor Errázuriz, los demandantes decidieron no efectuar nuevas mejoras, ya que los reclamos escapaban de lo razonable. Ante esta situación, el demandado decidió vender el automóvil a un precio

⁷⁰ Véase, FUEYO LANERI, Fernando. Instituciones de derecho civil moderno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, p. 265.

⁷¹ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, Op. cit., p. 190; véase, también, ANGULO CIFUENTES, Andrea. El abuso del derecho y la responsabilidad extracontractual, Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2006, p. 31.

menor que el de mercado y haciendo pública alusión por los medios de la época de los desperfectos del vehículo, para efectos de “no engañar” a los eventuales interesados. Ante estos hechos, los demandantes exigieron la reparación del perjuicio ocasionado con ocasión del delito civil que lo generaba.

El tribunal de primera instancia rechazó la demanda, pero la Corte de Apelaciones de Valparaíso y Corte Suprema corrigieron esta situación y condenaron al demandado al resarcimiento del daño. El motivo, fue así expresado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso: “Considerando sexto: (...) corresponde determinar, primeramente, si el demandado ha tenido o no el derecho de ejecutar tales hechos y si es o no aceptable su defensa (...) ejercitaba su derecho de propietario de su automóvil, ofreciéndolo en términos de atraer la atención, sin engañar sobre sus malas cualidades. (...) Considerando onceavo: (...) se deduce que el demandado no se ha limitado al ejercicio del derecho que como dueño le competía de ofrecer, en venta o permuta, una cosa de su dominio, atrayendo sobre ella la atención, como en la contestación se sostiene, valiéndose al efecto, de impresos de los cuales pudo a la vez informar al público de los defectos reales del automóvil; porque la imputación del engaño que contiene el tercer aviso y que no ha sido de ningún modo justificada, era un acto extraño a los derechos de dueño. (...) Considerando treceavo: Que no habiendo constituido los hechos en referencia, el ejercicio de un derecho protegido por la ley, su carácter de civilmente ilícitos lo determina el daño inferido a otro, aún en el supuesto que este efecto hubiese sido ajeno a la intención del autor conforme lo prescrito en los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, según los cuales, se responde no sólo del daño inferido maliciosamente sino también del causado por mera negligencia, o sea por no haber previsto las consecuencias dañosas del acto. (...)”⁷².

Los recursos de Casación en forma y fondo fueron rechazados por la Corte Suprema y, de esta manera, reafirmó lo transcrito.

De la sentencia en comento, se pone de manifiesto la calidad de ilícito intencional – delito civil- del hecho y que hace surgir la responsabilidad del agente abusador una vez

⁷² ANGULO CIFUENTES, Op. cit., P. 32; Véase, también, ALESSANDRI RODRIGUEZ, Op. cit., p. 192.

que se verifique el daño. Ciertamente, no se habla de abuso del derecho, pero la figura ya se impone en la jurisprudencia de la época y es claro que el criterio de determinación del abuso redundaba en la actitud dolosa.

Con posterioridad, se acogió al abuso del derecho verificado con culpa o negligentemente, es decir, sin el debido grado de diligencia o cuidado al que ha de sujetar su conducta todo hombre prudente.

Así, en enero de 1908 la Corte de Santiago en la causa “Sociedad Fuschs y Plath con Fisco”, que dio por establecida la culpa cuando existiendo diversos mecanismos para ejercer un derecho con la misma utilidad, se elige aquel que no es menos perjudicial. En esta causa, se verificó una importante huelga de trabajadores, quienes, con motivo del actuar de las fuerzas policiales de la época, originaron una serie de disturbios del orden público y que redundaron en el apoderamiento de productos de Compañía Cervecerías Unidas. Con el fin de evitar que en ese lugar se siguieran sucediendo estos hechos, la autoridad ordenó el lanzamiento al agua de una partida de cerveza perteneciente a Sociedad Fuschs y Plath.

La Corte, en su considerando cuarto expresó: “Que el deber de la autoridad de mantener ante todo el orden público, no lo faculta para adoptar el primer medio que se le presente, ni la exime de la obligación de recurrir entre varios, a los que menos daño ocasionen al derecho de los particulares”⁷³. El quinto considerando formula: “Que no se ha establecido en forma alguna que arrojar al agua cerveza de los demandantes fuese el medio necesario y único de impedir su apropiación por los huelguistas y los excesos a ella consiguientes; y, por el contrario, las circunstancias de haberse verificado esa operación en dos días diferentes y de no explicarse por qué la cerveza no pudo ser guardada en bodegas u otros lugares adecuados, contribuyen a formar la presunción de que no fue aquel el último y supremo arbitrio a que ha debido recurrirse”⁷⁴.

⁷³ ANGULO CIFUENTES, Andrea. Op. cit., p. 32.

⁷⁴ *Ibidem*.

Lo anterior ha sido una brevísima muestra de cómo nuestra jurisprudencia ha recogido la teoría del abuso del derecho. Ahora, en lo que respecta al criterio de determinación, nuestros tribunales se refieren a la culpa y al dolo como elementos categóricos para establecer la existencia del abuso.

De esta manera, podemos observar en el juicio caratulado “Stjepovic González con Universidad de Antofagasta” como nuestra Corte Suprema declara en su considerando Sexto: “Que el ejercicio de un derecho debe tener por límite la satisfacción de un interés serio y legítimo y que no cause daño o perjuicios a otra persona. En consecuencia, habrá abuso del derecho cuando el contenido de la acción cause un daño patrimonial al tercero, ya que tal si tal no ocurre no puede hablarse de un acto abusivo meramente formal. El abuso, en general, es un acto calificado por el resultado y la teoría en que se sustenta está apoyada en un principio fundamental de responsabilidad (...), o sea, en el ejercicio doloso o culposo de un derecho”⁷⁵.

Este caso tiene su inicio en la adulteración por parte del demandante de una prueba rendida en su unidad educativa, laboratorio de física, donde modificó el nombre de quién verdaderamente había rendido el control y sobrescribió el suyo. Este hecho originó un sumario disciplinario al interior de la universidad, que arrojó como resultado la suspensión por un semestre del reseñado alumno. Este hizo efectivo su derecho a apelar, pero la Junta Directiva de su casa de estudios resolvió revocar lo resuelto y dictaminar su expulsión. Ante esto, el afectado recurrió de protección y logró que la Corte Suprema dictaminara la procedencia de la suspensión únicamente.

Luego, el alumno demandó indemnización de perjuicios por daño moral de parte de la Universidad de Antofagasta, por cuanto, debido a su proceder se habría afectado su reputación y honor. Tanto el sentenciador de primera instancia como la Corte de Apelaciones competente acogieron la pretensión y condenaron al resarcimiento del daño. Acerca del abuso, la Corte manifestó: “Que tal como ha razonado la sentenciadora de primer grado en su reflexión duodécima, el abuso del derecho que perjudica a otro es fuente de responsabilidad cuasidelictual civil. Éste fenómeno

⁷⁵ Fallo Corte Suprema, número de ingreso 228-2003. Disponible <http://jurischile.com/2004/11/091104-rol-n-228-03.html> (última revisión: 7.04.2010).

jurídico se ha conceptualizado no sólo como el ejercicio de un derecho a objeto de obtener provecho que no corresponde, causando un daño, sino como ha señalado la jurisprudencia, configura el ejercicio de un derecho más allá de un interés jurídicamente amparado por las normas legales vigentes, de tal forma que quebrándose la interrelación entre las prestaciones una sea más gravosa que otra; dicho de otra forma, quien abusa del derecho, extiende el interés más allá de sus límites, existiendo sólo una apariencia de derecho”⁷⁶.

En síntesis, nuestros tribunales reconocen la figura del abuso del derecho, pero como una forma de ilícito civil que genera responsabilidad extracontractual, donde el criterio determinante es la ocurrencia de culpa o dolo.

3.3 Crítica a la actividad jurisprudencial

Del análisis efectuado, podemos afirmar categóricamente que hasta ahora impera una visión restringida sobre el tema, que se agota en la hipótesis del delito o cuasidelito civil.

Sin necesidad de ahondar en los modelos de atribución de responsabilidad extracontractual que ha formulado la doctrina civilista, la actividad académica y la jurisprudencia están contestes (prescindiendo claramente de las imperfecciones conceptuales de quiénes confunden responsabilidad estricta con responsabilidad objetiva) en estimar que la determinación de la culpa es un juicio normativo, en razón de atender al nivel óptimo de cuidado del buen padre de familia o del hombre prudente al que debe tener en cuenta todo agente en sus actividades diarias⁷⁷.

Como puede intuir el lector, en nuestro análisis no hacemos eco de la totalidad de las críticas efectuadas a aquella corriente. La razón, en nuestro derecho al hablar de la culpa atendemos a criterios objetivos de cuidado, con lo que prescindimos del

⁷⁶ ANGULO CIFUENTES. Andrea. Op. cit., p. 34.

⁷⁷ BARROS BOURIE, Enrique. Tratado de responsabilidad extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 649. A propósito del ejercicio culpable y abusivo del derecho.

elemento volitivo. De esta manera, no es plena la vigencia de las posiciones subjetivas, por cuanto debemos comparar el actuar de un sujeto con el estándar de cuidado del hombre medio o buen padre de familia.

No obstante, el ahondar en los intereses de quién creemos han abusado dolosamente de un derecho es una actividad infértil, como ya se trató al referirnos a las corrientes subjetivistas. Parcialmente recogemos las críticas.

Atentados contra la buena fe, buenas costumbres, fraude a la ley, entre otros, quedan fuera de la protección deseada en relación al ilícito en estudio. Debemos darle importancia a esta restricción, ya que esto ha sido observado por cierta jurisprudencia, siendo un ejemplo lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago, en noviembre de 1992, en juicio “Inmobiliaria Nacional Ltda. vs. Centrobanco”⁷⁸, donde la primera demandó indemnización de perjuicios.

Centrobanco actuó en otro juicio como ejecutante de un inmueble que fue adjudicado en pública subasta a la inmobiliaria, procediendo luego a interponer dos incidentes de nulidad con miras a invalidar el remate. Ambos fueron perdidos por el incidentista, previa larga tramitación.

La Corte señaló en su fallo, en el primer considerando: “Que este tribunal no ve inconveniente, tomando en consideración el desarrollo que ha adquirido el tema del abuso del derecho, en aplicar sus fundamentos en aras de lograr una moralización en las relaciones jurídicas y en definitiva lograr que se obtenga justicia, cuando las contraprestaciones a que se encuentran vinculadas las partes cede en un provecho ilegítimo de una de ellas, rompiéndose de este modo el debido equilibrio que debe existir dentro de las equivalencias de las obligaciones”.

A esto agregó en el considerando segundo “Que, en relación al abuso del derecho, se ha dicho que en Chile no se avanza desde el punto de vista jurisprudencial, de acuerdo con las actuales doctrinas sobre la materia, restringiendo su aplicación a lo que ha dicho Alessandri en cuanto a someter el principio a las normas que rigen la

⁷⁸ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 89, 2ª parte, sección 2ª, p. 177. Caso Inmobiliaria Nacional Ltda. con Centrobanco.

responsabilidad delictual y cuasidelictual civil (...) el autor limita el abuso del derecho sólo a la actuación dolosa o culpable (...) El profesor Rodríguez Grez en sus trabajos sobre 'De la relatividad jurídica' y "La obligación como conducta típica" critica esta aplicación restringida y avanza en su extensión sosteniendo: 'aplicando estos conceptos a la materia que nos ocupa, digamos que quien ejerce su derecho (nacido de un contrato) dolosa y culpablemente, vale decir con miras a obtener un provecho que no le corresponde causando un daño, o con descuido, negligencia o falta de la debida atención, rompe el equilibrio de las prestaciones equivalentes por un hecho posterior al contrato que lo obligará a reparar el perjuicio causado. Paralelamente quien ejerce el derecho más allá de la realización del interés jurídicamente reconocido y protegido por la norma positiva, también romperá inevitablemente la interrelación de las prestaciones, haciendo que una de ellas sea más gravosa que la otra contraviniendo la conmutatividad original'. Por último como lo señala el profesor don Fernando Fueyo Laneri en su libro 'Instituciones de Derecho Civil Moderno' (...) hace una conclusión expresando que 'El ejercicio abusivo de los derechos es un verdadero pluritema, como pocos. Se integran o pueden integrarse en él: el fraude a la ley, la teoría de la causa, la buena fe, la moral, las buenas costumbres, el orden público, el ejercicio antisocial del derecho, la interpretación e integración de la ley, la equidad y otros temas de innegable importancia en el derecho moderno...'. Más adelante indica que "debe insistirse en que el principio del ejercicio abusivo de los derechos es de vastísima aplicación, abarcando desde el Derecho público hasta el Derecho Privado, tratándose de este último, comprende prácticamente todas las ramas".

Aunque se rechazó la demanda definitivamente por no querer desviarse de la jurisprudencia ya establecida, elemento doloso o culposos, es trascendente para nosotros el que se plantea derechamente la conveniencia de la aplicación de la teoría del abuso del derecho y el que los fallos de los tribunales han adoptado una visión restrictiva o injustificada del asunto.

Es por esto que nos inclinamos por la construcción objetiva del abuso del derecho, donde a partir del fin o función social o económica que cumple el derecho encontramos el resguardo necesario a aquellos principios generales del Derecho que eventualmente pueden ser vulnerados por el ejercicio abusivo.

Aunque esto genera críticas sobre la excesiva arbitrariedad con que contarían los jueces en la determinación de los fines o funciones (atentado contra la certeza jurídica) y de que esto redundaría en un atentado contra la libertad en la vida de los actos jurídicos, nos coloca en la necesidad de señalar lo siguiente.

Un asunto es que el juez deba adoptar medidas necesarias para hacer frente al abuso y erradicarlo, y otra materia diferente es la determinación de la responsabilidad de los sujetos.

En primer lugar, verificado el ilícito en comento, el juez debe adoptar las medidas suficientes para superarlo. Esto podrá hacerlo de oficio o a petición de parte, en atención a los principios que deben informar la materia. No cabe duda que en materia penal esperaríamos una mayor labor por parte del juzgador, como también en el caso del abuso del proceso o de los derechos establecidos en los códigos procesales. Sobre este último, apuntaremos al descarte “in limine Litis” de las acciones ejercidas abusivamente por quién las sostiene.

Esta es una facultad del juez que tiene por finalidad el velar por el respeto de todo aquel fin o función social-económico que sustenta el derecho o evitar sea conculcado algunos de los principios ya reseñados. Para ello deberá declarar la nulidad del acto, su inoponibilidad o condenará a deshacer el hecho que genera el daño (derribar el dantesco muro que bloquea el paso de la luz natural). La primera sanción será patente cuando la conducta sea contraria a derecho y lo serán las restantes cuando el interés en juego sea únicamente entre privados.

Aclarado este punto, ahora debemos responder cuándo es el momento en que debemos considerar la ocurrencia de culpa o dolo, ya que bajo ningún respecto hemos planteado su omisión.

El elemento volitivo de la conducta generadora del abuso determinará consecuentemente el surgimiento de la obligación de resarcir los daños. Es decir,

verificado el hecho culposos serán aplicables al caso concreto las reglas de responsabilidad extracontractual establecidas por nuestro código civil⁷⁹.

Al tratar sobre la responsabilidad que se origina con motivo de abuso nos referiremos a los requisitos o elementos de la conducta que genera la obligación de indemnizar.

3.4 Derecho comparado

Como se pudo apreciar en el breve análisis histórico sobre el surgimiento de la concepción del abuso, este es un fenómeno que se origina en el Derecho continental europeo y que tiene acogida en Latinoamérica. El mundo del common law resiste esta teoría y, por lo demás, la actividad de la judicatura ha entregado otros mecanismos respecto a hipótesis similares.

3.4.1 Alemania

Como antecedente, el Código General Prusiano de 1794 imponía el deber de reparar el daño “cuando de las circunstancias resultare de modo inequívoco que entre las varias formas de usar de su derecho optó por la más perjudicial a otro; con la intención de dañarlo”, pero lamentablemente este código cedió al poco tiempo ante la llegada de las ideas liberales. No cabe duda que el criterio de determinación de ocurrencia del abuso se centra en el fuero interno del agente.

Más recientemente, en términos temporales respecto del ejemplo recién expuesto, el Código Civil Alemán, de 1900, en su art. 226 prescribe “No se permitirá ejercitar un derecho cuando su ejercicio solo pueda tener por objeto causar perjuicio a otro”. Podemos observar lo restringido de la hipótesis, que redundaba en la intención única y

⁷⁹ PEIRANO, Jorge W. “Abuso de los derechos procesales”, EN: PEYRANO y RAMBALDO, op. cit., p. 81. Asimismo, en la obra citada, AIRASCA, Ana María, “Reflexiones sobre la proscripción de abuso del derecho en el proceso”, pp. 107-108. De la misma forma, PEYRANO, Guillermo, “Abuso de derecho procesales. Algunos interrogantes a su respecto”, p. 179.

exclusiva de dañar, es decir, no puede tener otra finalidad o simultáneas. En opinión de Fernández Sessarego, las probabilidades de verificarse este supuesto son ciertamente bajas y recurriendo a Larenz presenta el clarificador ejemplo planteado por este: “Se refiere al caso de un propietario que con la decidida intención de mortificar a su vecino, hace pintar un sector de su casa, visible desde la casa de aquél, con un color que sabe que su vecino detesta en grado sumo. Es evidente que el propietario, en esta circunstancia, presumiblemente demostrará que dicho color es el que más le agrada, hecho que no podrá, sin duda, ser desmentido por el agraviado”⁸⁰. Queda de manifiesto lo restrictivo que es la hipótesis.

Inclusive, Fernando Fueyo manifestaría que: “aparece como escasa o pobre en nuestros días y para la nación jurídica de primer plano de la cual procede”⁸¹.

Sin perjuicio de lo señalado, se requiere concordar esta disposición con lo establecido por el artículo 826 del Código Civil alemán que señala “Toda persona que intencionalmente cause un daño a otra, en una forma contraria a las buenas costumbres, está obligada a reparar el daño causado”.

Las normas citadas no dejan de provocar dificultades, ya que la primera acogería una perspectiva subjetiva sobre el abuso de derechos subjetivos, al referirse a la exclusiva intención de dañar, y en esta última disposición se agrega un elemento objetivo, como lo son las buenas costumbres⁸². De esta manera, se ha de determinar cuál sería la norma que prevalece o considerar que la transgresión a la moral es un requisito que ha de agregarse a la hipótesis intencional del art. 226.

Como solución a esta antinomia, Josserand plantea que el choque es aparente, ya que el art. 226 se refiere al abuso de ejercicio de derechos definidos, en circunstancia

⁸⁰ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Op. Cit., p. 211.

⁸¹ FUEYO LANERI, FUEYO. Op. cit., p. 277.

⁸² JOSSERAND, LUIS. El espíritu de los derechos y su relatividad teológica jurídica, Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, 1946, p. 228.

que el art. 826 trataría, más bien, de reprimir los abusos inherentes a la realización de la libertad en sí⁸³.

3.4.2 Suiza

El Código Civil de 1907, a este respecto, es consignado como de vital importancia en la elaboración y consagración de esta teoría, que con posterioridad influyó a una serie de otras legislaciones. En su art. 2 se prescribe:

“Cada uno debe ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones según las reglas de la buena fe.

El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley”.

Estamos en presencia de un alejamiento de la restrictiva y limitada visión que se reconoce en Alemania, constituyendo una prohibición del abuso que asume como cláusula general, que deja en manos del juez la adopción de criterio más idóneo para subsanar la conducta ilícita. La jurisprudencia ha agregado que la proscripción del abuso del derecho es un principio general que informa el derecho federal. La doctrina manifiesta reiteradamente la trascendencia de este cuerpo legal^{84/85}.

3.4.3 Italia

El Código Civil italiano de 1942, no recoge expresamente esta figura. Sin embargo, la labor jurisprudencial incesante ha provocado su incorporación doctrinaria en diferentes fallos, al estimarse como un principio general del derecho. Con todo, cabe señalar que la esta legislación contiene una serie de prohibiciones de actos emulativos.

⁸³ Ibidem, pp. 228-229.

⁸⁴ FUEYO LANERI, Fernando. Op. cit., p. 278.

⁸⁵ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Op. cit., pp. 214-215.

3.4.4 España

En el primitivo Código Civil de 1889 no se consagraba esta figura y no sería sino hasta 1974 que se acoge por vía de reforma legal. Sin perjuicio de la omisión inicial, la jurisprudencia le dio acogida paulatinamente. En una primera fase le negó su existencia, para llegar a 1944 en que abiertamente la inserta en sus resoluciones y entre a discutir respecto de criterios de determinación del abuso⁸⁶.

En la actualidad, el artículo 7 de su Código Civil expresa:

“1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.”

Sobre esta disposición, Fernández Sessarego⁸⁷ acentúa el acierto de legislar en una misma disposición tanto la buena fe como el abuso del derecho. El primero supone para con el otro una actitud leal, respetuosa, correcta, confiable; en cambio, la segunda se refiere a que todo aquello es incorrecto, desleal para con los intereses del otro o de la sociedad.

Esta disposición agrega un elemento objetivo de amplia y adaptable interpretación, siendo límites normales del ejercicio de un derecho tales como la moral, las costumbres, entre otros. Para ello habrá que adentrarse en la conciencia jurídica social que delimitan los límites externos o esfera de acción del ejercicio del derecho.

⁸⁶ Ibídem, pp. 215 y ss.

⁸⁷ Ibídem, p. 230.

Respecto a la conducta en sí, ya sea la intención particular de quién abusa o por el objeto visto por las partes contratantes o por las circunstancias en que se verifica, es posible que se verifique un abuso. No se atiene a un único criterio de determinación (como si mirásemos el asunto desde la óptica subjetivista), con lo que es posible subsumir una importante cantidad de hipótesis, con el fin de evitar abusos y así velar por el actuar leal.

Junto con ello, exige un grado alto de certeza en términos probatorios, al utilizar la expresión “manifiestamente”, de manera que impone una pesada carga de la prueba a quién la alega. Es decir, el abuso debe ser patente y no presunto, no debe existir la menor duda respecto de su ocurrencia.

Por último, esta disposición se pone en el supuesto de que una omisión acarree eventualmente un abuso. Este asunto no es menor.

3.4.5 Portugal

El codificador civil, de 1967, estableció en el artículo 334 en forma expresa la proscripción del abuso del derecho, señalando:

“Es ilegítimo el ejercicio de un derecho cuando el titular exceda manifiestamente los límites impuestos por la buena fe, por las buenas costumbres o por el fin social y económico de ese derecho”

Primeramente, como señala Fernández Sessarego⁸⁸, el legislador no ha vacilado y califica la naturaleza jurídica de esta como un acto ilícito. De esta forma, es el primer cuerpo legal que zanja cualquier discusión sobre el asunto. En lo que respecta al criterio de determinación del injusto, este cuerpo legal se inclina por la corriente objetiva, con lo que se prescinde de la intención del titular del derecho subjetivo. Con todo, exige un alto grado de certeza en términos probatorios, al utilizar la expresión

⁸⁸Ibídem, p. 244.

“manifiestamente”, de manera que, como en el caso español, también impone una pesada carga de la prueba a quién la alega.

3.4.6 Perú

El Código Civil peruano es el primer cuerpo legal en el mundo que se refirió expresamente al abuso del derecho. El Código de 1936 contenía en su título preliminar en forma sucinta en un breve artículo lo siguiente: “La ley no ampara el abuso del derecho”. Fueyo⁸⁹ destaca la ubicación de este artículo, ya que reiteradamente se observa su asiento en materias bien definidas, como responsabilidad, obligaciones, entre otros, con lo que no se deja espacio a duda sobre su implicancia para todas las ramas del derecho civil.

Hasta aquella época ningún otro código civil había consagrado expresamente la figura del abuso del Derecho. Incluso, los ejemplos de Suiza, Brasil y Alemania, que lo inspiraron, se referían de forma implícita sobre el asunto o trataban el tema en forma general. En el resto de códigos latinoamericanos, derechamente el tema no era abordado o era impreciso, con lo que la judicatura, junto con la academia, debía realizar un esfuerzo interpretativo ingente para dar solución a los casos que debía resolver. No obstante, esta carencia de explicitación normativa provocaba que lo resuelto no fuere aceptado por la generalidad de los juristas.

3.4.7 Uruguay

El código uruguayo de 1868, al igual que el código argentino de Vélez Sarsfield que lo influyó fuertemente, no se refiere expresamente sobre el abuso, pero contiene la siguiente fórmula en su artículo 1321:

⁸⁹ FUEYO LANERI, Fernando. Op. cit., p. 280.

“El que usa de su derecho no daña a otro con tal que no haya exceso de su parte. El daño que le pueda resultar no le es imputable.”

La doctrina se encuentra dividida sobre si se sanciona o no el abuso del derecho, planteando la posición contraria que la labor del legislador habría sido la de señalar prudentemente que los derecho no son absolutos y que estos estarían sujetos previamente a determinados límites. Sin perjuicio de lo reseñado, la jurisprudencia uruguaya ha recurrido a este precepto para fundamentar la condena a reparar el daño ocasionado por el abuso de derecho⁹⁰.

3.4.8 Argentina

El Código Civil argentino es principalmente obra de don Dalmacio Vélez Sarsfield, quien junto con Andrés Bello fue una luz inspiradora para el estudio del Derecho en la última parte del siglo XIX y sus contribuciones son reconocidas hasta el día de hoy en Latinoamérica, y, al igual que el caso chileno, este cuerpo legal no proscribió expresamente el abuso del derecho.

Vélez Sarsfield inspirado en los ideales individualistas de la época y que se materializaban en el código civil francés, optó por dejar relegada de su obra esta figura del abuso.

Por lo demás, Vélez Sarsfield manifestó abiertamente su repudio a esta teoría en el artículo 1071 imprimiendo la siguiente expresión:

“El ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto”

Como podemos apreciar, le repugnaba la teoría del abuso del derecho y optó por establecer este tipo de cortapisas a cualquier interpretación en contrario. Sin embargo, la jurisprudencia supo dar un salto y busco sustento para dar acogida a esta figura y sancionarla mediante la obligación de indemnizar. Para ello, recurrió al art. 953 que,

⁹⁰ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Op. cit., p. 248.

referente a los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones, prescribe:

“El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no (...) contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, (...), o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto.”

De esta manera, tomando una norma propia de los contratos procedió la judicatura a acoger el abuso del derecho. Este tema vino a poseer sustento normativo con la reforma de 1968, que modificó el art. 1071 y procedió a expresar lo que sigue:

“El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraría los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.”

Este articulado viene a recoger abiertamente la concepción objetiva en materia del criterio de determinación del abuso del derecho, al referirse a que es tal el acto que contraría los fines para los que fue otorgado el derecho. Sin embargo, no es un asunto puro, ya que acoge atentados contra la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

4. EL ABUSO PROCESAL

Ya habiendo adoptado una posición clara respecto en qué consiste el abuso del derecho, nos toca ya definir cuándo esto acaece en relación al proceso. Ciertamente es confuso hablar de abuso del proceso en sí mismo, en circunstancia que este no es un derecho, pero para ello es necesario efectuar ciertas precisiones.

El abuso en esta materia se refiere a los derechos procesales, que en definitiva redundan en la alteración o desviación de la función o fin a los que responde el

proceso. Jorge W. Peyrano⁹¹ nos señala que abusa siempre el que inadecuadamente ejercita el derecho de acción, el de contradicción, de las potestades jurisdiccionales o de los deberes funcionales del oficio. De esta manera, el abuso podrá ser atribuido u originado por alguna de las partes, sus defensores o el juez.

Al hablar de inadecuado uso, estamos tratando a que no responden a la función o finalidad para los que han sido establecidos o reconocidos por el ordenamiento jurídico. Ya sea responder al dar origen al proceso (como relación jurídica), a la defensa del acusado o demandado, o al ejercicio de las facultades que detenta el juzgador, se genera el abuso en la medida que se socava la función propia del proceso.

El maestro Couture⁹² nos enseña que el proceso sirve para resolver un conflicto de interés. Es una idea que teleológicamente apunta a ello, en razón de la existencia en primer término de un debate previamente ordenado o configurado por el mandato legal y al que, en segundo término, se le pone fin mediante el razonado juicio de autoridad. Se apunta a la cosa juzgada, que eventualmente irá acompañada de su coactivo cumplimiento.

Según este mismo autor⁹³, el proceso responde a un fin privado y a otro de carácter público. El primero se refiere a que el proceso torna efectiva la pretensión, enarbolada por el demandante cuando esta es justa, y asegura al demandado que lo pretendido por su contrario será rechazado, por cuanto su oposición ha sido justa.

El fin público al que responde el proceso trata ontológicamente sobre ser un mecanismo de producción jurídica y una permanente labor de realización del Derecho.

Considerando esto, el uso inadecuado de un derecho procesal degenera en la imposibilidad del proceso de poder resolver un conflicto, ya sea por cuanto este es inexistente o se altera uno ya incoado. Sobre esto, hay que considerar el derecho

⁹¹ PEYRANO, Jorge. "Abuso de los derechos procesales", EN: PEYRANO y RAMBALDO, op. cit., pp. 75-76.

⁹² COUTURE, Eduardo. Introducción al estudio del proceso civil, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1953, pp. 55-56.

⁹³ PEYRANO, Jorge. Op. cit., p. 75 y ss.

procesal del que específicamente se abuse. Analizaremos ello en atención al agente que comete el ilícito, al momento de referirnos sobre el abuso del proceso y en el proceso.

5. SOBRE LA BUENA FE PROCESAL O PROBIDAD

En principio, la idea del abuso del derecho puede confundirse con el principio rector del procedimiento de la probidad o buena fe procesal. Esto no nos cabe la menor duda y sostenemos que existe una importante vinculación entre uno y otro, llegando incluso a verificarse casos en que ambos se entrelacen y sean aplicables a un caso concreto, pero el objetivo que se persigue con ellos es diferente.

El abuso, como hemos visto, se refiere a una determinada conducta de ejercicio de un derecho subjetivo que primeramente es lícita, pero que al alterarse el fin o función a que responde se torna en ilícita. Al Derecho le repulsa esto y lo sanciona, tanto respecto del acto en sí mismo como sobre la responsabilidad que le recae al agente que ha incurrido en ello.

La probidad procesal se refiere a una legitimación moral de la conducta de los litigantes, que tiene su origen en el derecho procesal antiguo. De carácter eminentemente religioso, reconocía gravosas prestaciones para quién faltaba a la verdad, sanciones al perjurio, entre otros. Por su parte, el proceso moderno no descartó la vigencia de los principios éticos, ya que los entendía (o se entendía) como incorporados, pero la regulación al respecto fue menos rigurosa que en antaño. Inclusive, en ciertos casos se postergó por entenderse como excesiva y privativa de la libertad.

En la actualidad se plantea necesario el retomar el respeto a la lealtad y honorabilidad en la discusión que se desenvuelve en el proceso.

Couture⁹⁴ plantea, como expresiones de vigencia de este principio: 1) la demanda y su contestación deben manifestarse en forma clara y no representar una emboscada para sus adversarios; 2) unificación de la presentación de las excepciones dilatorias, con la finalidad de impedir el histórico escalonamiento de las excepciones, que eran interpuestas a lo largo del litigio con el fin de embarazarlo; 3) limitación de los medios probatorios a los hechos debatidos y controvertidos en juicio; 4) convalidación de las nulidades, respecto de aquellos vicios que no fueren corregidos por no haber sido alegados oportunamente; 5) condenación en costas procesales al litigante temerario o malicioso. En nuestro derecho se reconocen estas fórmulas que garantizan la probidad, refiriéndonos brevemente a las que son de nuestro interés:

1) Se sanciona al litigante temerario o doloso en la condena en costas: ya que lo que se busca con el proceso es resolver un conflicto de intereses real, y no se transforme en una mera consecuencia táctica de la estrategia de dilatar el legítimo ejercicio de un derecho subjetivo por parte de otro agente. Dando acogida a esta idea, el Código de Procedimiento Civil establece en el art. 144 la condenación en costas del litigante que no hubiere tenido motivo plausible para litigar o para haber promovido cierto incidente, cuestión que acaece inexorablemente cuando la acción entablada carecía de fundamento o posee meros fines dilatorios. Inclusive, aquel que goza de privilegio de pobreza puede ser objeto de condenación en costas cuando el tribunal en resolución fundada declare que obraron como litigantes temerarios o maliciosos.

En materia procesal penal se observa una situación bastante semejante. Conforme al artículo 47 del Código Procesal Penal, las costas serán de cargo del condenado. Respecto de la víctima que abandonare la acción civil soportará las costas que su intervención como parte civil hubiere causado. Asimismo, también las soportará el querellante que abandonare la querella y cuando el imputado fuere absuelto o

⁹⁴ COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 3ra. Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997, pp. 190-191.

sobreseído definitivamente, el ministerio público será condenado en costas, existiendo una excepción precisa sobre esto⁹⁵.

Por último, se eximirá de la condena de las costas cuando por razones fundadas el tribunal estime justificado el ejercicio de las acciones penales.

2) Proscripción del uso de incidentes como instrumentos dilatorios: El artículo 88 del Código de Procedimiento Civil prescribe que “la parte que haya promovido y perdido dos o más incidentes en un mismo juicio, no podrá promover ningún otro sin que previamente deposite en la cuenta corriente del tribunal la cantidad que éste haya fijado”. Sobre este monto “el tribunal de oficio y en la resolución que deseche el segundo incidente determinará el monto del depósito”, que fluctuará entre “una y diez unidades tributarias mensuales y se aplicará como multa a beneficio fiscal, si fuere rechazado el respectivo incidente”.

Para determinar el monto del depósito, el tribunal considerará la actuación procesal de la parte y si observare mala fe en la interposición de los nuevos incidentes podrá aumentar su cuantía hasta por el duplo.

3) Anulación de las sentencias definitivas e interlocutorias obtenidas por medios probatorios fraudulentos, mediante recurso de revisión: Esto se encuentra regulado en los artículos 810 del Código de Procedimiento Civil⁹⁶ y en el 473 del Código Procesal Penal⁹⁷, los que señalan taxativamente las causales para la procedencia de estos recursos y conocimiento por parte de la Corte Suprema.

⁹⁵ El artículo 48 CPP señala que esta excepción se dará cuando “salvo que hubiere formulado la acusación en cumplimiento de la orden judicial a que se refiere el inciso segundo del artículo 462”.

⁹⁶ Art. 810 CPC. “La Corte Suprema de Justicia podrá rever una sentencia firme en los casos siguientes: 1°. Si se ha fundado en documentos declarados falsos por sentencia ejecutoria, dictada con posterioridad a la sentencia que se trata de rever; 2°. Si pronunciada en virtud de pruebas de testigos, han sido éstos condenados por falso testimonio dado especialmente en las declaraciones que sirvieron de único fundamento a la sentencia; 3°. Si la sentencia firme se ha ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, cuya existencia haya sido declarada por sentencia de término”.

⁹⁷ Artículo 473 CPP. “Procedencia de la revisión. La Corte Suprema podrá rever extraordinariamente las sentencias firmes en que se hubiere condenado a alguien por un crimen o simple delito, para anularlas, en los siguientes casos: [...]”

Estos han sido sólo algunos ejemplos, ya que en materia probatoria existen un sinnúmero de ellos⁹⁸.

En conclusión, en la labor forense se entiende que las partes han de actuar en forma honorable y leal entre ellos y en su relación para con el juez, y este principio busca evitar que las partes utilicen dolosamente el proceso para la obtención de un provecho u objeto ilícito.

6. SOBRE LA ECONOMÍA PROCESAL Y CELERIDAD

Este principio persigue obtener el máximo resultado en la aplicación de la ley para la resolución de un conflicto dentro del procedimiento, con el menor desgaste posible de la actividad jurisdiccional. Busca que las normas comprendan la efectividad, simplicidad y racionalidad del procedimiento, cuestión que es impedida por el abuso de los derechos procesales (más bien en el transcurso del litigio, que al inicio de este).

Gualberto Sosa⁹⁹ nos señala que la abusión atenta contra el tiempo en el proceso, significando una privación de justicia, ya que el proceso debe entregar al conflicto de intereses una respuesta en un lapso de tiempo razonable. Incidentes dilatorios, peticiones de prueba innecesaria, oposiciones injustificadas, entre otros, solo agregan

c) Cuando alguno estuviere sufriendo condena envirtud de sentencia fundada en un documento o en el testimonio de una o más personas, siempre que dichodocumento o dicho testimonio hubiere sido declaradofalso por sentencia firme en causa criminal; [...] e) Cuando la sentencia condenatoria hubiere sidopronunciada a consecuencia de prevaricación o cohechodel juez que la hubiere dictado o de uno o más de losjueces que hubieren concurrido a su dictación, cuyaexistencia hubiere sido declarada por sentencia judicialfirme". Este último caso podríamos circunscribirlo bajo la hipótesis del abuso efectuado por parte del magistrado.

⁹⁸ En el proceso civil la prueba se rinde respecto de hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos. En materia penal en la audiencia preparatoria del juicio oral es la oportunidad de ofrecer pruebas y de que el juez de garantía excluya aquellas que son impertinentes, dilatorias y toda prueba que hubiere sido obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales. En la actualidad, en el proceso de familia y laboral observamos audiencias preparatorias de similar lógica a la existente en el sistema penal.

⁹⁹ SOSA, Gualberto. "Abuso de derechos procesales. Relatório Argentino", EN: BARBOSA MOREIRA, Juan Carlo (coord.), Abuso dos direitos processuais, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000, p. 44

tiempo infructífero en la labor del tribunal. Como señalara Couture en su momento “en el procedimiento el tiempo es algo más que oro: es justicia”¹⁰⁰.

En nuestro derecho se observa una importante cantidad de ejemplos que buscan la realización de esta máxima, principalmente en materia procesal penal, en lo referente a los procedimientos abreviado, simplificado y monitorio. Asimismo, el archivo provisional (art. 167 CPP), la facultad de no iniciar la investigación (art. 168 CPP), la suspensión condicional del procedimiento (art. 237 y siguientes. CPP), los acuerdos reparatorios (art. 241 y siguientes CPP) y el principio de oportunidad (art. 170 CPP). Junto con esta materia, hoy en los procedimientos sobre causas de familia y del trabajo se ha avanzado ostensiblemente en lograr una solución pronta al litigio.

Como apuntábamos, la relación del abuso y este principio se puede observar en forma clara durante el transcurso del juicio (abuso en el proceso), ya que la economía procesal opera a lo largo de este y no se refiere al inicio de aquel, como sucedería en el abuso del proceso.

7. PROSCRIPCIÓN DEL ABUSO PROCESAL COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO

Al tratar sobre la recepción de la teoría del abuso de derecho, nos referimos a aquellas disposiciones de las que emana la proscripción o repulsión de este tipo de ilícitos. En materia de aprovechamiento de las aguas, quiebra, contrato de sociedad, medidas cautelares reales prejudiciales del proceso civil, sobre el ejercicio de ciertos actos jurídicos procesales en sede penal y respecto a los ideales que inspiraron la legislación de copropiedad inmobiliaria, se revela acerca de la posibilidad de que nuestros intérpretes puedan asociar a estas disposiciones la riqueza de la teoría del abuso.

¹⁰⁰ COUTURE, Eduardo. Proyecto de Código de Procedimiento Civil: con exposición de motivos, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1945, p. 37.

Ciertamente sería todo más simple si el legislador recogiera expresa y orgánicamente esta teoría, pero por ahora nos basta con atenernos a que la jurisprudencia lo estime como un principio general del derecho que permite la proscripción del abuso. Esto ya fue discutido en su momento.

En términos particulares, a la órbita del mal llamado derecho adjetivo, estimamos que, por lo anteriormente dicho, las normas procesales están imbuidas por la lógica de erradicar y castigar todo abuso en el proceso. Inclusive, al referirse el actual Código Procesal Penal a la posibilidad del querellado de poder obtener indemnización por las imputaciones de carácter imprudente que se hicieren respecto de él, nos lleva a concluir inexorablemente sobre la necesidad de controlar cualquier tipo de abuso en toda sede procesal.

Pese a la interpretación laxa que podamos hacer sobre el ejercicio de la acción (derecho a), en caso alguno esto puede significar el involucrar a otro agente en una disputa procesal inútil, en razón de no existir un conflicto real que tenga que resolver el tribunal.

8. ABUSO DEL PROCESO O SOBRE EL USO INADECUADO DEL DERECHO DE ACCIÓN

El planteamiento de nuestra parte sobre el abuso del proceso consiste lógicamente en la alteración de la finalidad o función a la que responde este derecho.

Este derecho, que ya fue conceptualizado como la facultad de poner en movimiento al órgano jurisdiccional, tiene por función poner un determinado conflicto de intereses jurídicamente relevante en manos del juez, para que este, en consecuencia, resuelva conforme a las normas sustanciales y procedimentales aplicables al caso en concreto, conjuntamente realizándose el derecho en esta actuación jurisdiccional, en especial en la eventual ejecución de lo juzgado.

De esta manera, inferimos que el ejercicio inadecuado conlleva el desplegar una pretensión que carece de fundamento fáctico legítimo para el consecuente

desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional, significando un derroche de tiempo y de recursos al juzgador, ya que no hay interés jurídicamente relevante que motive su resolución por parte del juzgador.

Esto en caso alguno es un juicio de disvalor acerca de la responsabilidad personal del que sustenta la acción, ya que, como hemos reiterado anteriormente, estos son aspectos que deben analizarse de forma parcelada.

Así como pueden existir abusos de acciones judiciales o administrativas que conllevan responsabilidad civil para quién la ejecuta, también puede acaecer que no medie dolo ni culpa en la interposición de la acción.

En este último caso, un hombre prudente, buen padre de familia, habría recurrido para ante el tribunal. Esto puede estar relacionado con los asuntos que sí ostentan fundamento plausible para litigar, que como consecuencia justifican el eximir del pago de costas, y que han de considerarse como daño estadístico en materia de responsabilidad extracontractual.

Dado el estado de obscuridad sobre la vigencia de cierto derecho en un caso concreto, en toda sociedad civilizada se debe entender que uno se encuentra obligado a soportar los costos propios de los diferendos judiciales (y administrativos), ya que estamos frente a intereses jurídicamente relevantes que merecen atención. Cuando este interés se encuentra ausente, no tiene sentido el dedicar esfuerzo en el desarrollo del proceso. La razón es que estaríamos fuera del fin o función al que responde el derecho de accionar.

9. EL ABUSO EN EL PROCESO O DEL PROCEDIMIENTO

Una vez trabada la litis, durante la tramitación del juicio, a nuestro criterio, podemos observar tres tipos de abusos referentes a 1) el derecho de contradicción, 2) ejercicio de potestades jurisdiccionales, y, 3) del procedimiento.

9.1 Uso inadecuado del derecho de contradicción.

En opinión de Beatriz Ruzafa¹⁰¹ esto sucede cuando el demandado “abusivamente se resiste a la demanda, cuando niega sin razón, cuando opone excepciones carentes de apoyo fáctico y jurídico, cuyo único objeto no es demostrar la carencia de justicia o la falacia en el reclamo del accionante sino evitar sin ninguna justificación el progreso de la acción; o cuando opone excepciones que aunque fundadas fáctica y jurídicamente tengan por único objeto obstaculizar la marcha del proceso, generando en la contraparte y en el juzgador un perjuicio innecesario. En cuanto a estas conductas, que siendo también las más habituales no son las únicas, ellas obstan a la lealtad, a la probidad, a la buena fe, en síntesis, al principio de moralidad en el proceso”. Hacemos eco de este planteamiento y agregamos que similar situación sucede con la interposición de sendos recursos contra sentencias definitivas e interlocutorias¹⁰², que son recurridas por el mero propósito de dilatar la legítima satisfacción del interés de la parte contraria.

No obstante, estimamos que esta situación no se resume únicamente en la persona del demandado, ya que es posible que también acaezca respecto del demandante. Como quién a sabiendas de la falta de fundamentos de su pretensión y ante la destacable oposición de excepciones por su parte contraria, las contradice y decide buscar todas las vías necesarias para la prosecución del juicio. Ciertamente es una figura de tipo doloso, que en nuestra opinión genera un abuso procesal y responsabilidad de tipo civil extracontractual. Al verificar la situación del “sham litigation” podremos ver como acaece ello.

Una forma de desincentivo al abuso del derecho de contradicción en nuestro Derecho es la condena en costas procesales y personales. Ya nos hemos referido con

¹⁰¹ RUZAFÁ, Beatriz. “El abuso del derecho y la conducta procesal abusiva”, EN: PEYRANO y RAMBALDO, op. cit., pp. 262-263.

¹⁰² Ponemos el acento en esta clase de sentencias, las cuáles siendo impugnadas en forma principal por el Recurso de Reposición, muchas de ellas son objeto de reclamación por la vía de “apelación en subsidio”, lo cual puede degenerar en la eternización de los juicios, a la espera de que ciertos incidentes sean resueltos para así avanzar hasta las etapas de fallo.

anterioridad a este mecanismo, pero no hasta ahora sobre la defensa que efectúa el demandado.

El artículo 144 del Código de Procedimiento Civil prescribe que la parte que sea vencida totalmente en un juicio o en un incidente, será condenada al pago de las costas. En consecuencia, el contradictor que abusando de su derecho a defensa para no satisfacer la pretensión principal en juicio, necesariamente será condenado al pago de las costas, ya que en su actuar no ha existido indicio alguno de cumplir lealmente la obligación a la que se encuentra sujeto.

En caso alguno esto debe entenderse como una transgresión o restricción del derecho a la defensa que se reconoce al demandado, por cuanto este derecho debe ejercerse lealmente.

9.2 Uso inadecuado de potestades jurisdiccionales

A este respecto, cabe preguntarse si es posible verificar casos de abuso procesal por parte de la magistratura. Abuso que habría de comprobarse en su calidad de heterocomponedor de un determinado conflicto que es puesto en su conocimiento en razón de detentar la función jurisdiccional y poseer competencia para ello. Recordemos que la jurisdicción conlleva un poder-deber que exige necesariamente la resolución del asunto, con lo que no nos cabe duda que el juzgador puede abusar de la potestad jurisdiccional en el devenir del proceso.

Juan Alberto Rambaldo¹⁰³ nos señala que son dos los tipos de conductas disconformes a derecho: 1) abuso de poder; 2) abuso burocrático del proceso; y, agregado por otros autores, 3) morosidad judicial¹⁰⁴.

¹⁰³ RAMBALDO, Juan Alberto. "El abuso procesal", PEYRANO y RAMBALDO, op. cit., p. 227.

¹⁰⁴ RUZAFA, Beatriz. "El abuso del derecho y la conducta procesal abusiva", PEYRANO y RAMBALDO, op. cit., pp. 264-265. Véase en misma obra citada: PEYRANO, Guillermo. "Abuso de derechos procesales. Algunos interrogantes a su respecto", pp. 179-183; BALESTRO FAURE, Miryam. "La proscripción del abuso de los derechos procesales. Un principio de principios", p. 150; VARGAS, Abraham Luis. "El

El abuso de poder se refiere al ejercicio abusivo de prerrogativas atribuidas por la ley, que se verifican tanto en la acción como la omisión por parte de la magistratura. Este último caso se daría cuando el tribunal permite conductas antifuncionales al proceso por parte de los restantes sujetos procesales, en circunstancia de estar facultado para evitar aquellas. En el caso de la conducta positiva de abuso de poder, se daría cuando el juez resuelve en la sentencia definitiva conforme a doctrina o criterios “contra legem”. Esta forma de actuar importa un desprecio al debido proceso, alejándose de la justicia en su fallo y transgrediendo el legítimo derecho a la defensa en juicio.

En nuestro derecho encontramos diversas formas de solución a este tipo de abuso, siendo el de mayor trascendencia el Recurso de Queja que se encuentra contenido en el art. 545 del Código de Procedimiento Civil y que podemos conceptualizar como el acto jurídico procesal que tiene por finalidad exclusiva corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional¹⁰⁵. Este recurso sólo procederá cuando la falta o abuso se cometa en la dictación de una sentencia interlocutoria que ponga fin al juicio, o haga imposible su continuación, o sentencia definitiva, y que no sean susceptibles de recurso alguno, ordinario o extraordinario, sin perjuicio de la atribución de la Corte Suprema para actuar de oficio en ejercicio de sus facultades disciplinarias. Acogido sea este recurso, el Máximo Tribunal detenta amplísimas potestades para subsanar el abuso, pudiendo resolver la nulidad, enmienda o modificación de la sentencia objeto del recurso.

Junto con ello, los recursos de apelación, casación en la forma y casación en el fondo permiten indirectamente controlar cualquier tipo de abuso que se evidencie en los asuntos sobre los que procede. En materia procesal penal, el actual recurso de nulidad permite otro tanto.

ejercicio abusivo del proceso (criticismo y relativismo filosófico-científico vs. Existencialismo y realismo legislativo, jurisprudencial y doctrinaria)”, pp. 319-321.

¹⁰⁵ Definición propia y que surge de nuestros estudios sobre el tema. En caso alguno buscamos teorizarla o patentarla, a fin de ser guía en materia procesal.

De la misma manera, el procedimiento de calificación interno para el ascenso al interior del poder judicial es una vía de controlar este tipo de situaciones.

Asimismo, conforme a los art. 52 y art. 53 de nuestra Carta Fundamental, cabría responsabilidad política por parte de los magistrados de los tribunales superiores de justicia por notable abandono de deberes, causal a la que podría subsumirse el hecho del abuso por parte de estos.

En lo que respecta al segundo tipo de abuso, el exceso ritual manifiesto, ciertamente el derecho procesal, en virtud del que se espera la realización del derecho sustancial en el caso concreto, es un área inspirada por un conjunto de formalidades que rigen las actuaciones judiciales y que garantizan la igualdad de armas en el proceso. Sin embargo, cuando el juez hace primar la forma por el fondo, o desvirtúa de tal manera la formalidad que ya no atiende a la finalidad a que responde, o se opta por la aplicación mecánica de las formalidades motivado por ser el guardián del principio dispositivo, tornando el proceso en la realización de una misa que conlleva postergar el fondo del asunto controvertido, este tipo de actos significan un atentado contra el derecho. Un abuso.

En lo referente al tercer tipo de abuso del juzgador, la morosidad judicial, esto se refiere a la función o finalidad a la que atiende el proceso y a lo que nos referimos varios pasos atrás en este trabajo.

Retomando el análisis, recordemos que este asunto se refiere a la resolución de un conflicto intersubjetivo relevante jurídicamente y que consecuentemente provoca la realización del derecho sustancial en el caso concreto.

Si el resolver demora, en términos temporales, más allá de lo que razonablemente exige la actividad jurisdiccional de análisis y ponderación de argumentos y derechos, no habrá pronunciamiento que pueda evitar la conculcación del derecho alegado en juicio.

Sin perjuicio de atender a la lentitud en la dictación del fallo, que es el más claro ejemplo de este tipo de abuso, no cabe duda que también se produce cuando la

desidia del juzgador facilita la proliferación de incidentes infundados que acoge a tramitación como el otorgamiento de medidas cautelares innecesarias, multiplicación de audiencias improductivas, traslados superfluos, durante el juicio la exigencia de notificar personalmente o por cédula al deudor acerca del otorgamiento de una medida cautelar sobre un bien de su propiedad, entre otros. Este tipo de medidas vienen únicamente a generar la dilación injustificada del proceso, demorando la actitud protectora del derecho debatido en juicio.

Para flanquear de manera más acabada este punto de la demora en el pronunciamiento, es fundamental que nuestra legislación procesal señale una serie de plazos para la dictación del respectivo fallo en los diferentes procedimientos. Como muestra, un botón: el art. 162 inciso tercero del Código de Procedimiento Civil señala que la sentencia definitiva en el juicio ordinario deberá pronunciarse dentro del término de sesenta días, contados desde que la causa quede en estado de sentencia, estableciendo, incluso, sanciones a la demora. Sin perjuicio de que estos plazos no son fatales para el tribunal, quiénes conocemos el diario vivir de tribunales sabemos que estos plazos no son cumplidos a cabalidad en materia civil.

No obstante, hoy, tanto en materia penal como de familia y laboral los plazos se han establecido con mayor precisión y la demora importa graves sanciones¹⁰⁶.

Para terminar sobre este punto, cabe señalar que no es nuestro ánimo el detenernos a propender un análisis profundo sobre el ejercicio de las potestades que detenta el órgano jurisdiccional, ya que el tipo de abuso procesal que buscamos estudiar dice relación con el ejercicio de acciones judiciales o administrativas que importan afectar a la contraparte.

¹⁰⁶ En materia de Familia y Laboral se contemplan audiencias preparatorias y de juicio. En sede Penal, en los procedimientos abreviados o simplificados se observa el fallo del asunto en la audiencia de juicio inmediatamente; respecto al Juicio Oral, al término de la audiencia de juicio deberá pronunciar el tribunal oral si falla condenando o absolviendo al imputado, pudiendo extenderse excepcionalmente la deliberación por un término de veinticuatro horas.

9.3 Abuso del procedimiento

En primer término, podríamos sostener que también el juez puede abusar respecto al procedimiento en sí mismo, pero entendemos que abuso por parte de la judicatura puede referirse tanto especialmente a la tramitación como a otros aspectos de carácter resolutorios. Por esto, hemos decidido sacar aquella forma de abuso y sistematizarla como un todo dentro del punto anterior. Sin perjuicio de lo anterior, la intención de este trabajo no es la de efectuar una sistematización del derecho procesal, con lo que el lector puede estimar plausible que la labor del juez sea analizada en este ámbito.

El abuso que nos interesa en este acápite es el que tiene su origen en la actividad de contradicción que caracterizan las partes en el juego procesal. Incidentes infundados, prueba dilatoria, solicitud de medidas cautelares, entre otros, que provocan la lentitud del desarrollo procedimental. Esto redundará, a final de cuentas, en el tardío pronunciamiento del tribunal, cuando probablemente ya no será eficaz su declaración.

Cabe poner el acento que quienes abusan del procedimiento serán aquellos que representan a la parte que abusa. Por tanto, sobre este punto estamos hablando de las actuaciones de abogados patrocinantes y de mandatarios judiciales, ya que son estos los que concretan las peticiones abusivas¹⁰⁷.

Frente a esto, se necesita que el juez esté atento a las diversas presentaciones de las partes, desechando de plano aquellas que no dicen relación con el juicio o que sean redundantes o solo tengan por función el trabar la prosecución del juicio. A lo que apuntamos, es que no basta con la mera condenación en costas.

¹⁰⁷ Sin ánimo de ser precisos, algunas voces plantean que la solución a este asunto se encuentra en dotar al Colegio de Abogados de potestades que le permitan fiscalizar y sancionar el obrar del jurista, imponiendo la suspensión o imposibilidad de ejercer la profesión. Junto con ello, el establecimiento de la colegiatura obligatoria y de un código de ética profesional eficaz, pueden generar el control de conductas indeseadas en el ejercicio profesional.

10. RESPONSABILIDAD Y SANCIÓN AL ABUSO

En lo que respecta a esta situación, se debe distinguir entre la responsabilidad procesal o sanción procesal y la responsabilidad civil tanto extracontractual como contractual, en este último caso, la que se genera entre la parte y sus mandatarios.

Como advertirá el lector, retomando nuestra posición respecto al criterio de determinación de la existencia del abuso del derecho, referente al abuso procesal hemos separado las consecuencias procesales de las civiles, ya que entendemos que son juicios de disvalor que deben ser tratados en análisis diferentes. El primero se refiere al restablecimiento del imperio del derecho que no necesariamente conlleva responsabilidad de carácter civil, mas será analizada su concurrencia en las siguientes líneas. A continuación, pasaremos a observar las consecuencias del abuso:

10.1 Sanción procesal

Ante la acción abusiva, siendo aquella que carece del conflicto de relevancia jurídica que justifica la intervención de la judicatura, la principal sanción de parte del tribunal será la de rechazar la presentación, junto con todas aquellas incidencias y recursos aparejados, en razón de carecer del fundamento plausible que debería motivar el litigar. Pero hemos apuntado en acápites previos, que este asunto puede ser abordado en diferentes etapas, siendo el más importante aquel en que la víctima del abuso buscará resarcimiento, por medio de un posterior juicio declarativo (por ejemplo, el que se observa ante el juez civil por casos de competencia desleal, ante el Tribunal de Competencia por abusos que alteren la normalidad de los mercados, entre otros).

1) Primeramente, antes de trabada la litis, cuando el tribunal examina que el libelo del demandante cumpla con los requisitos necesarios para ser sometido a tramitación, también debe efectuarse un análisis de si es procedente en términos de la existencia del interés jurídicamente relevante que significa el conflicto de interés del proceso, cuestión que observamos al tratar del derecho de accionar. Si este conflicto es

inexistente, se ha de rechazar “in limine” la demanda por improponibilidad objetiva¹⁰⁸, señalando que su improcedencia por carecer de requisitos (previo conocimiento de la excepción dilatoria respectiva). La antifuncionalidad del derecho de acción ejercido es de tal entidad, que amerita que el tribunal no le de tramitación al asunto.

En materia de Competencia, al referirnos a los requisitos de la demanda en el primer capítulo, observábamos acerca de la facultad que actualmente detenta el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en virtud del art. 20 del DL 211, consistente en la de exigir al denunciante o requirente el subsanar el escrito que contiene el libelo por carecer de alguna de las exigencia del art. 254 del Código de Procedimiento Civil, por un término de 3 días hábiles. Respecto de los requisitos de nuestro interés, recalcar que dicen relación con aquellos “hechos y fundamentos de derecho en que se apoya” (la demanda) y que representarán el conflicto intersubjetivo de intereses relevante jurídicamente.

Entendemos que esto (el rechazo por falta de requisitos) puede entenderse como una transgresión del derecho de acción, potestad de carácter constitucional que permite el acceso a la justicia y que pone en movimiento al órgano jurisdiccional, pero deben efectuarse dos precisiones.

La primera se refiere a que este derecho de acción en caso alguno puede ser conculcado por parte del juez, pero estamos contestes en que trata de una facultad que permite a su detentador el poner en movimiento la actividad jurisdiccional, con lo que se agota con la presentación del escrito que contiene la pretensión.

En segundo lugar, el elemento básico diferenciador de la pretensión que debe someterse a tramitación se encuentra resumido en el conflicto intersubjetivo de intereses jurídicamente relevante. De esta manera, el temor a la arbitrariedad de la magistratura queda limitado. Asimismo, este defecto en el ejercicio de la acción debe ser absoluto, con lo que el juez debe encontrarse en situación de gozar del mayor nivel de convicción más allá de toda duda razonable sobre esta carencia, con lo que existiendo mínima incertidumbre sobre ello se ha de preferir dar tramitación al asunto.

¹⁰⁸ BALESTRO FAURE, Miryam. “La proscripción del abuso de los derechos procesales. Un principio de principios”, EN: PEYRANO y RAMBALDO, op. cit., pp. 154-156,

2) En segundo término, durante el curso del procedimiento, aquellas solicitudes abusivas que ya fueron analizadas con anterioridad, serán desestimadas por el tribunal. En el caso que se les hubiere dado curso, la parte contraria podrá solicitar que sean dejadas sin efectos¹⁰⁹ y que se estime las costas que ellas han dado origen.

Cabe recalcar que el tribunal, en razón de los principios de economía procesal y buena fe, puede ejercer de oficio sus facultades jurisdiccionales cuando se encuentre frente a un abuso.

3) Juicio declarativo del previo abuso del derecho de acción. Una situación distinta es la que se suscita cuando la parte que abusó de un determinado proceso, sea con posterioridad objeto de un juicio ordinario de responsabilidad por el ilícito cometido (en especial bajo la hipótesis de competencia desleal obtenida en la legislación sobre esa materia, como, asimismo, lo sería en sede de competencia por significar una práctica predatoria). En esta instancia, el tribunal debería declarar que se ha contrariado los fines del proceso y se condenará a responder civilmente por el daño ocasionado a la otra parte. Este punto se verá al referirnos a los requisitos de la responsabilidad civil.

Para efectos de aclarar nuestros planteamientos, lo lógicamente probable que acaezca frente al abuso procesal será esta clase de juicios, ya que una vez terminado el juicio que se incoó (para tratar del asunto que redundó en abuso) será de mayor facilidad apreciar las consecuencias dañosas que ha provocado. Por lo demás, esto quedará reafirmado al observar la jurisprudencia del TDLC.

10.2 Responsabilidad Civil

Como adelantamos, con motivo del abuso procesal se puede originar tanto responsabilidad extracontractual como contractual.

¹⁰⁹ Por ejemplo, la medida cautelar que ya no encuentra su fundamento en la demora del proceso o la verosimilitud del derecho.

Respecto a la responsabilidad extracontractual, aquel que hubiere sufrido daño por el abuso de la contraparte podrá demandar que estos le sean resarcidos. Obviamente, es condición necesaria la declaración de que se ha incurrido en este ilícito.

No es nuestro ánimo divagar sobre los requisitos del delito o cuasidelito civil, pero podemos señalar que los siguientes son los requisitos para el surgimiento de la obligación de indemnizar:

- 1) Conducta: ejercicio del derecho de acción, contrariando o alterando los fines a los que responde el proceso, es decir, poner en movimiento al órgano jurisdiccional en circunstancias que no existe conflicto de intereses jurídicamente relevante.
- 2) Daño: Tanto material como moral, si procediere este último en la especie.
- 3) Factor de atribución: Culpa o dolo. Es ahora que vale para nosotros la atribución subjetiva de responsabilidad, fundada tanto en la intención positiva de dañar a otro o la propiedad de este como la insatisfacción del estándar de cuidado al que ha de atenerse todo hombre medio o buen padre de familia en el ejercicio de una acción judicial o administrativa. Esto es consecuencia de que entendemos que una cosa es la situación de determinar la ocurrencia del abuso y otra, totalmente diferente pero relacionada, es especular sobre la concurrencia de la obligación de indemnizar los daños que se irrogan a la contraparte.
- 4) Nexo Causal. La doctrina y jurisprudencia resuelven este asunto.
- 5) Imputabilidad. Se repite lo anterior.

Sobre la responsabilidad contractual a la que podrían quedar sujetos los mandatarios y abogados patrocinantes de la parte que ha abusado del derecho de acción (ya que es esta la que comete el ilícito, en razón de que los ya señalados son meramente sus representantes en juicio), en primer lugar debemos determinar la naturaleza de las prestaciones que entrega el abogado.

Estamos contestes en que se trataría de una obligación de medios, ya que el resultado del juicio es un incierto que depende de los hechos objeto del conflicto, medios probatorios disponibles, labor argumentativa, criterio que impera en la jurisprudencia, doctrina a la que adhieren los integrantes de las salas de los tribunales superiores de justicia, entre otros. Es razonable entender que nuestra labor no asegura un resultado, salvo que algún profesional abogado estime obligarse en ese sentido, pero esto último es harina de otro costal.

Siguiendo con el argumento, el mandatario que empleare todos los medios que la ley otorga para defender un determinado asunto (entiéndase, evacuar traslados y rendir prueba oportunamente, efectuar observaciones a estos medios, impugnar tempestivamente en todos los grados que el procedimiento particular franquee, preparar e interponer recursos a lo resuelto en la instancia respectiva, etc.) será considerado como diligentemente con el ejercicio de la profesión, con lo que el cliente se encuentra en situación de reconocer que la prestación de servicios fue satisfactoria.

Sin embargo, el desempeño de estos servicios no puede significar en caso alguno un abuso de los medios procesales, ya que esto significaría no sólo un estipendio que debe soportar el cliente, sino que, también, es una deficiente prestación, contrariando la “lex artis” o reglas que rigen el ejercicio de la profesión jurídica. En el acápite siguiente nos referiremos a las normas de lealtad y proscripción del abuso al que hacemos alusión.

Junto con ello, es de toda lógica que el interesado que demanda a su mandatario lo efectúa porque ha sido previamente sancionado por el abuso que aquel cometió en juicio previo en que lo representaba. Esto deberá entenderse bajo la hipótesis consistente en que el profesional abogado incitó las gestiones judiciales, en circunstancia que nos encontrábamos ante un asunto que carecía de fundamento plausible.

En conclusión, la labor del abogado no se resume meramente en ejecutar o poner en movimiento las herramientas que buscan defender los intereses de su cliente, sino, también, esto debe efectuarse de manera leal y honorable, sin alterar el fin o función al

que responde el proceso, a menos que se ponga en conocimiento del cliente sobre el abuso de los medios procesales y que, por tanto, asume las consecuencias patrimoniales de aquello.

11. EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCIÓN Y EL CÓDIGO DE ÉTICA PROFESIONAL

Estamos contestes con cierta doctrina¹¹⁰ que las conductas hasta ahora observadas no significan únicamente un abuso del ejercicio del derecho, sino que al mismo tiempo consisten en falta grave a la ética profesional.

El Código de Ética del principal Colegio de Abogados de nuestro país, que señala las directrices éticas de las conductas para con el cliente, juez y colegas, contiene una serie de prescripciones a este respecto. Sin perjuicio de que la colegiatura no es obligatoria en nuestro país y que existe más de una organización similar, estimamos que este Código señala pautas que rigen como “lex artis” para nuestra profesión.

En su art. 1° sobre Honor y Dignidad de la Profesión, en la primera parte exige al abogado “cuidar el honor y la dignidad profesional”. Como ya señalábamos anteriormente, es contrario al honor y lealtad el ilícito de abusar de este derecho y en nuestra calidad de habilitados en derecho debemos luchar contra esta figura por todos los medios lícitos que la legislación estableciere.

El art. 5°, sobre la Honradez, exige “El abogado debe obrar con honradez, integridad y buena fe (...)”, valores sobre los que ya discurremos. Asimismo, expresa que el abogado “no ha de aconsejarle a su cliente actos fraudulentos (...)”. Por tanto, no nos está permitido proponer fraudes que afecten legítimos intereses de terceros ni obstaculizar la labor del juez, como sucede con el abuso del derecho de accionar¹¹¹.

¹¹⁰ ORTUZAR SANTA MARIA, Álvaro. Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio, 3ra parte, El abuso del Derecho ante la Constitución, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 112.

¹¹¹ Bajo esta idea podemos observar el combate contra el abuso que se puede verificar durante el transcurso del procedimiento.

En la misma línea, el art. 12° respecto a la Información sobre servicios profesionales, expresa que está prohibido “b) ofrecer el empleo de medios contrarios al derecho”, negando la posibilidad siquiera de recurrir a fraudes o abusos.

Asimismo, el art. 96 referido la Respeto de las Reglas de Procedimiento señala “El abogado observará de buena fe las reglas procesales establecidas por la ley o por la convención entre las partes y no realizará actuaciones dirigidas a impedir que la contraparte ejerza debidamente sus derechos”, agregando en sus literales a) y d) la proscripción del fraude procesal y del abuso del derecho de accionar:

“a) aconsejar o ejecutar maniobras que constituyan un fraude procesal (...)”.

“d) abusar de la facultad de interponer recursos o incidentes judiciales, en especial si por esos medios se buscare provocar daño injusto a la contraparte o forzarla a celebrar un acuerdo gravoso”.

Estimando que este articulado se refiere, más bien, al abuso del procedimiento, no descartamos que las prescripciones previas son comprensivas del combate al abuso del proceso.

Como podemos apreciar, al Código de Ética le repugna el abuso del derecho y lo estima como medio ilícito que atenta contra la lealtad y el honor en el desempeño de la profesión.

Por último, corresponde hacernos cargo de lo aseverado respecto a la responsabilidad que le cabe al profesional respecto de su cliente. El supuesto de esta responsabilidad se basa en aquel abogado que mal aconseja y logra el inicio del proceso, sin importarnos por ahora si media culpa o dolo.

Este proceso se origina en virtud de una acción que en caso alguno presenta al juzgador un conflicto intersubjetivo de intereses relevante para el Derecho. En razón de ello, este cliente terminará siendo condenado por las costas del juicio perdido y, eventualmente, puede ser objeto de un juicio de responsabilidad por abusar del derecho de acción e irrogar perjuicios a la contraparte.

Una vez verificada esta hipótesis, este último tiene el legítimo derecho de discutir ante un juez sobre la defectuosa prestación llevada a cabo por el abogado que le patrocinó, ya que este fue mala guía (a diferencia de Virgilio para con Dante Alighieri).

La imperfecta prestación de servicios se provoca por la transgresión de los valores consagrados por el Código de Ética, ya analizados, y que conforme a sus prescripciones determinan el correcto actuar del abogado. Ergo, nos encontramos ante la “lex artis” que regula nuestra profesión y que verificada la inobservancia de estos, procederá determinar si el profesional es responsable de los perjuicios ocasionados al cliente, sea que esto se deba a su negligencia o actuar doloso.

En caso alguno abogamos porque los abogados egresados de las diferentes Escuelas de Derecho del país se conviertan en monjes defensores del honor y la lealtad y que recurran a niveles imposibles de cuidado. Esta no es nuestra intención, ya que lo que planteamos es que el abogado es un hombre medio cualquiera, pero se le demanda el cumplir con un nivel de cuidado especial (no levísimo, sí medio), en atención a la “lex artis” o Código de Ética que rige el desempeño de la profesión.

12. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL RESPECTO AL ABUSO PROCESAL

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre este asunto ha apuntado hacia los conceptos del litigante temerario o malicioso del artículo 600 del Código Orgánico de Tribunales y al litigante frívolo o sin fundamentos. Sin perjuicio de la cercanía de estos conceptos, en términos semánticos se refieren a conductas diferentes.

Temerario conforme al diccionario de la Real Academia de la lengua Española se refiera a aquel que es “excesivamente imprudente arrojando peligros; o se dice de las acciones de quien obra de este modo; o, que se dice, hace o piensa sin fundamento, razón o motivo”¹¹². Respecto a lo malicioso, entendemos trata de aquel que obra con una finalidad negativa respecto de otro o de las cosas de su propiedad.

¹¹² Diccionario RAE, en http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=temerario (última revisión 5.01.2010).

Ergo, dolo. En cuanto a la frivolidad, el mismo diccionario señala que es lo “Ligero, veleidoso, insustancial”¹¹³.

No obstante la precisión, nuestro Tribunal Constitucional las trata sin efectuar mayores distinciones, con lo que desprendemos que las entiende en su sentido natural y obvio, con lo que habría que apuntar a ilícitos dolosos o culposos (punto de vista subjetivo respecto del abuso del derecho). Con todo, este órgano jurisdiccional ha efectuado pronunciamientos más bien teóricos sobre este tipo de conductas, en razón de ser objeto de su competencia los conflictos entre la legislación vigente y las disposiciones de la Carta Fundamental.

De esta manera, importante jurisprudencia¹¹⁴ ha sido elaborada a partir del “principio solve et repete” existente en las disposiciones de los artículos 171¹¹⁵ y siguientes del Código Sanitario, a propósito de la exigencia del pago de la totalidad de la multa para efectos de permitir al condenado el ejercer acciones de impugnación por vía judicial (condición de admisibilidad del reclamo judicial). Aunque este tribunal trata este tema como restricción ilegítima (en términos constitucionales) al derecho de acceder a la justicia, se refiere tangencialmente al tema de nuestro análisis y apunta más bien a que esta exigencia buscaría limitar la litigación frívola.

Bajo idénticos razonamientos, se han verificado causas en materias circunscritas al derecho laboral y de familia¹¹⁶.

¹¹³ Diccionario RAE, en <http://buscon.rae.es/drae/SrvltGUIBusUsual?LEMA=frívolo&origen=RAE> (última revisión 5.01.2010).

¹¹⁴ Causa ROL: 792-07, Sentencia de 3 de enero 2008; Causa ROL: 1046-08, Sentencia 22 de julio 2008; Causa ROL: 1061-08, Sentencia 28 de agosto 2008; Causa ROL: 1253-08, Sentencia de 27 de enero 2009; Causas ROL: 1262-08 y 1279-08, ambas con sentencias de 2 de abril de 2009.

¹¹⁵ Art. 171. De las sanciones aplicadas por el Servicio Nacional de Salud podrá reclamarse ante la justicia ordinaria civil, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia, reclamo que tramitará en forma breve y sumaria. Para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa.

¹¹⁶ Causa ROL: 834-07, Sentencia 13 de mayo 2008; Causa ROL: 1340-09, Sentencia 29 de septiembre 2009.

13. PRECISIONES SOBRE EL ABUSO DEL DERECHO DE PETICIÓN

Al referirnos al ejercicio del derecho de petición señalábamos que los requisitos de respeto y conveniencia, siendo este último referido a la finalidad o función del derecho, debían verificarse no sólo respecto de la autoridad ante la que se efectúa la solicitud, sino, también, esta debía acontecer respecto de la legislación nacional vigente y de los legítimos intereses de un tercero (por ejemplo, derechos adquiridos).

En la hipótesis en estudio, nos enfrentamos a un caso de abuso del derecho de petición, ya que no se busca necesariamente la satisfacción de un interés individual o colectivo, que, por lo demás, deben ser legítimos o lícitos desde el punto de vista de nuestra normativa nacional.

De esta forma, verificado el abuso, consideramos que procede efectuar el análisis sobre este ilícito en sí y las posibles repercusiones en materia de responsabilidad, y lo que, eventualmente, podría representar una afectación de la libre competencia.

Ante el acto administrativo que generará efectos indeseados, motivado por la petición de un privado, procederán diversas acciones para efectos de revertirla. Tanto en sede administrativa (por ejemplo, solicitudes ante la Contraloría General de la República) como ante tribunales ordinarios o especiales (Tribunal de Defensa de la Competencia, Tribunal Constitucional, entre otros), se podrá verificar la ilicitud del fundamento de dicho acto, de forma que procederá la adopción de medidas para contrarrestar sus efectos.

Con todo, la autoridad administrativa que adoptó la medida podrá retractarse de la misma, como por ejemplo el caso de la dictación de un nuevo reglamento, en uso de la potestad reglamentaria, de forma de asumir una conducta activa a fin de remediar dicha situación. Cabe recalcar que esto podría evitar posibles procedimientos de índole indemnizatoria por el accionar de la autoridad.

Por último, en capítulo posterior nos referiremos puntualmente al caso en que esta decisión se deba a la manipulación de información por parte del administrado, que consecuentemente conlleva efectos contrarios a la libre competencia.

14. PRECISIÓN FINAL SOBRE EL CONCEPTO DE ABUSO Y SU REEMPLAZO POR EL DE ABUSIÓN

Brevemente nos hemos referido anteriormente respecto a la imprecisión de la expresión “abuso del derecho”, por cuánto es dificultoso comprender el ejercicio de un derecho subjetivo más allá de la esfera de protección que este mismo asegura y a partir del cual se produce el abuso. Algo que sería lícito (ejercer derecho) e ilícito (extralimitación) a la vez. Planiol y su concepto de la logomaquia ponen de manifiesto que en el abuso no puede haber derecho¹¹⁷, con lo que semánticamente sería más apropiado hablar de “ejercicio abusivo del derecho”. De esta manera, lo que escapa de la órbita del derecho subjetivo es el ejercicio y no el derecho rectamente entendido.

No obstante lo anterior, debemos señalar que, para efectos de dar solución a estas lingüísticas disquisiciones, se ha recurrido en la doctrina a ideas como “abuso de derecho”, “abuso en el ejercicio”, “ejercicio abusivo de facultades”, entre otros.

Ante este estado, Abraham Vargas señala que el camino correcto es seguir a Ival Rocca¹¹⁸ y acudir a la voz “Abusión” que es una figura de mayor rigurosidad y capacidad descriptiva, ya que el abuso refiere un “mal uso” y la abusión supone un “acto u omisión abusivos”, de manera que es innecesario recurrir a la idea del ejercicio. En nuestro estudio, hablaríamos de la Abusión procesal o derechos procesales, y del de petición.

Sin perjuicio de que la mayoría de la doctrina da por sentado que la figura ilícita en comento no merece mayores discusiones y que es superficial toda nueva tratativa, coincidimos con el profesor Vargas en el sentido de esta discusión aún merece ser refinada y dar mayores certezas sobre la aplicación de esta teoría para casos

¹¹⁷ RUZAFÁ, Beatriz. “El abuso del derecho y la conducta procesal abusiva”, EN: PEYRANO Y RAMBALDO, op. cit., p. 289.

¹¹⁸ VARGAS, Abraham Luis. “El ejercicio abusivo del proceso (criticismo y relativismo filosófico-científico vs. Existencialismo y realismo legislativo, jurisprudencial y doctrinaria)”, EN: PEYRANO Y RAMBALDO, op. cit., pp. 289-290.

concretos, precisando los conceptos. Con todo, estas elucubraciones escapan de nuestra tarea, pero manifestamos nuestro interés por dicha precisión.

CAPITULO III. EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCIÓN Y PETICION COMO PRÁCTICA PREDATORIA

1. CONCEPTO DE PRÁCTICA PREDATORIA

Un aspecto esencial en la competencia económica, consiste en que cuando opera bajo cánones aceptables o legítimos, es de toda lógica que uno u otro competidor termine fuera del juego del mercado. La empresa que ha sido eficiente, productivamente hablando, obtiene como premio el ganar en un determinado mercado y alzarse como único oferente o, al menos, pasar a poseer una importante cuota de participación en aquel. La posición de dominio no es per se negativa, mientras las condiciones de desafiabilidad del mercado permitan la entrada de nuevos competidores (interesados en las excesivas ganancias que aquel obtiene) y el usuario o consumidor no sufra perjuicios por esta situación (su bienestar).

Sin embargo, si el oferente-competidor se convierte en vencedor por medios reprochables para el Derecho de la Libre Competencia, deberán irremediablemente intervenir los órganos competentes, buscando la superación de los obstáculos a la libertad y hacer efectivas las responsabilidades que procedieren.

Las conductas reprochables son diversas desde el punto de la doctrina¹¹⁹, pero es de nuestro interés referirnos a las prácticas predatorias como formas de exclusión sancionable por el Derecho. Para ello recurriremos al camino recorrido por Francisco Hernández Rodríguez¹²⁰.

¹¹⁹ Competencia desleal, abuso de posición dominante para limitar la entrada de nuevos agentes, colusión, entre otras.

¹²⁰ HERNANDEZ RODRIGUEZ, Francisco. Precios predatorios y derecho antitrust, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 31-61.

Como inicio, este autor nos plantea que la doctrina en general ha tendido a tratar este tema refiriéndose a conductas concretas de prácticas predatorias, evitando una conceptualización certera sobre el asunto, debido a la amplitud de hechos que caben bajo el abanico de la predación¹²¹. Sin perjuicio de esto, algunos autores han efectuado labores en sentido contrario.

Así, Sullivan considera que esta conducta “tiene la finalidad y el efecto de mejorar la posición competitiva de su autor, no mediante la mejora de sus prestaciones en el mercado, sino amenazando con perjudicar o perjudicando a los competidores potenciales para obligarles a abandonar el mercado o, por lo menos, forzarlos a competir de forma menos efectiva”¹²². Por otra parte, Areeda y Turner definen a esta conducta como la “susceptible de contribuir de forma significativa a la creación o al mantenimiento de un poder monopolístico, que no es competencia basada en los méritos ni una restricción inherente a la competencia basada en los méritos”¹²³.

Junto con estos, Petty sostiene que a la idea de la predación subyace “la búsqueda de un avance en el mercado a través de la delimitación de la competencia, en vez de hacerlo mediante una mejora de las prestaciones de la empresa”¹²⁴.

En razón de las definiciones expuestas, Hernández¹²⁵ pone de manifiesto dos elementos que se repiten y caracterizan a las conductas predatorias. La primera consiste en ser una “conducta dirigida a perjudicar a los competidores como forma de mejorar la posición propia en el mercado” y “el empleo de medios distintos de la competencia basada en méritos”.

¹²¹ Ibídem, p. 33

¹²² Ibídem. Hernández citando a Sullivan, handbook of the law of antitrust, 1977, p. 108.

¹²³ Ibídem. Hernández citando a P. Areeda y D. Turner, Antitrust law, v. 3, 1978, p. 626.

¹²⁴ Ibídem. Hernández refiriéndose a la conceptualización efectuada por R. Petty, “Antitrust and innovation: are products modifications ever predatory?”, *En*: Suffolk ULRev., v22, 1988, 997-1028, p. 999.

¹²⁵ Ibídem.

Sin embargo, la mera identificación de estos elementos nos llevan a una noción amplia de estas prácticas, permitiendo encerrar aquellas que razonablemente entendemos como tal, hasta formas que, incluso, pueden conllevar límites nebulosos con otras áreas del Derecho (imaginemos situaciones de sabotaje a otros competidores en sede penal) o, aun, del mismo Derecho pro competencia (colusión).

Bork delimita de mejor manera este asunto, definiendo la conducta predatoria como “la agresión deliberada de una empresa contra uno o más rivales, mediante el empleo de prácticas comerciales que no se considerarían optimizadoras de beneficios de no ser por la esperanza de que 1) los rivales tenga que salir del mercado, dejando al predador con una cuota de mercado suficiente para obtener beneficios monopolísticos, o 2) de que estén lo suficientemente castigados como para abandonar el comportamiento competitivo que el predador considera inconveniente o amenazador”¹²⁶.

De esta manera, Hernández¹²⁷ nos permite delimitar los elementos propios de las conductas predatorias, de forma de poder entenderlas con precisión, y que se expresan a continuación:

- a) Existencia de una conducta orientada a perjudicar a otros competidores, mejorando la situación propia en el mercado.
- b) Empleo de medios que no se basan en la competencia de méritos.
- c) Apariencia competitiva de estos medios, con lo que podemos distinguirlos de aquellos que son lícitos. La situación clarificadora es la finalidad de excluir.
- d) Sacrificio de los beneficios a corto plazo a cambio de una expectativa de mayores ganancias en el largo plazo.

Este último elemento se clarifica de mejor manera si imaginamos la hipótesis de predación vía precios, donde un agente baja el precio de un determinado producto para

¹²⁶ Ibídem. Hernández citando a Robert Bork, *The Antitrust Paradox*, Nueva York, 1978, p. 144.

¹²⁷ Ibídem, p. 36.

cierto mercado relevante y con ello logra excluir a otros de la competencia. Esta clase de conducta es mayormente visible cuando existe posición de dominio y aprovechando esta situación, se efectúa la disminución para ahogar a un desafiante nuevo o a los ya existentes.

De esta forma, podemos observar lo que la doctrina ha distinguido como conductas predatorias basadas en precios o precios predatorios, y aquellas que no se basan en los precios¹²⁸.

No siendo nuestro objetivo las basadas en precio¹²⁹, señalamos que estas otras se refieren al empleo de mecanismos o tácticas que llevan envuelto un cariz de estrategia competitiva o legítima defensa de intereses, pero el verdadero interés es la exclusión de otros agentes. En la doctrina¹³⁰ se señalan como tipo de predación por vía distinta de los precios las siguientes: Publicidad Predatoria¹³¹, Innovación Predatoria¹³², Acumulación de patentes¹³³, Gastos Predatorios¹³⁴(predatory spending), Contratación

¹²⁸ De nuestro interés, imaginemos el caso del que abusa del derecho de accionar para efectos de excluir competencia, incurriendo en una serie de gastos propios de la litigación, pero que no se compara con la pesada carga que sufren los afectados por estas conductas (dilación en la entrada al mercado, diversos juicios que debe soportar un competidor pequeño o de menor dimensión, entre otros).

¹²⁹ Recomendamos la lectura de la obra de Francisco Hernández, la que hemos citado reiteradamente en este acápite.

¹³⁰ HERNÁNDEZ, Francisco. Op cit., p. 43 y ss.

¹³¹ Sin perjuicio de existir discusión sobre esta clase de conducta y de existir cercanías con ilícitos del tipo competencia desleal, acá ponemos el acento en aquella actividad de publicidad que es de tal entidad, que obliga a la competencia a sostener similares niveles de avisaje para sobrevivir en el mercado o soporta tales costos en ello que termina excluido del juego de la competencia.

¹³² Se apunta a aquella innovación que involucra, por parte de quién la efectúa, un control estructural del proceso productivo, recurriendo a la idea “aguas arriba” y “aguas abajo”. En caso alguno el Derecho de la Competencia se puede convertir en una traba de la eficiencia o mejoras en las técnicas productivas y bienestar que consecuentemente gana el consumidor, mas esto no justifica refinadas prácticas a que apunte un cierto dominante en un segmento del mercado buscando exprimir a sus competidores en otra sección.

¹³³ La acumulación per se de patentes no es intrínsecamente anticompetitiva, ya que la capacidad inventiva del hombre y el derecho de propiedad sobre las cosas que crea son los principales sostenes del modelo económica actualmente imperante, con lo que es necesario otros factores para que ello se torne ilícito. Este tema estriba en la situación de un dominante del mercado que acumula patentes con meros

Predatoria¹³⁵ (personal de un competidor) e Influencia Predatoria en Decisiones Gubernamentales, siendo esta última de nuestro interés.

Esta última conducta se refiere tanto a la posibilidad de que una determinada empresa pueda presionar a cierto organismo público para perjudicar a sus rivales. Imaginemos el caso de que esto se inicie por la vía del derecho de petición o la presentación de demandas o requerimientos judiciales para provocar consecuencias en un mercado relevante. Como veremos, en principio estas conductas serán lícitas a la luz del derecho de la competencia cuando favorece al privado que ha promovido estos mecanismos, pero se tornará ilícita si el efecto directo de la decisión adoptada por la autoridad es el perjuicio de los intereses de uno o varios competidores¹³⁶, ya que la conducta del agente activo (pedir o accionar) es una mera apariencia a fin de encubrir el intento de interferir las relaciones comerciales de su(s) rival(es).

Este tipo de situaciones se ha discutido principalmente por la doctrina estadounidense, en casos que veremos en acápites posteriores, y en menor medida el derecho comunitario europeo. En nuestra realidad, han sido pocos los casos sobre el tema de nuestro interés.

No obstante la prevención, ponemos de manifiesto el tratamiento doctrinario del abuso del derecho de acción y del de petición como conductas atentatorias de la libre competencia. Junto con ello, la academia ha puesto de manifiesto que este tipo de hechos adquieren mayor gravedad y notoriedad cuando son llevadas a cabo por parte de un agente dominante en el mercado relevante.

Desde ya, señalamos nuestra conformidad con esto último, sin embargo, no descartamos que ello acaezca por parte de un agente que previo al ejercicio de esos

¹³⁴ Modalidad indirecta de precios predatorios, donde un competidor busca aumentar la calidad del producto o servicios ofrecidos, sin que ello tenga un correlato en el precio. Ciertamente se basa en el precio, al no existir un necesario correlato con el coste del bien mejorado y su finalidad es la de excluir competencia, sin embargo la variante del aumento de prestación es una sofisticación de la conducta.

¹³⁵ Escaso su tratamiento y complejo de abordar dadas las interrogantes desde la perspectiva de la legislación laboral.

¹³⁶ HERNÁNDEZ, Francisco. Op cit., p. 60.

derechos se encontraba en un ambiente competitivo, pero que en virtud de la conducta desarrollada ha alcanzado una posición de dominio e idealmente la calidad de monopolio. En el caso de que no alcance dichos estados de predominancia, por ejemplo en los ataques entre competidores de menor tamaño, podríamos sostener que es un acto sancionable a la luz de nuestra Ley sobre Competencia Desleal (Ley 20.269).

Este criterio será reafirmado por la redacción de nuestra legislación nacional de competencia, dada la amplia expresión utilizada por el legislador al momento de definir las conductas, lo que incluso ha generado el surgimiento de planteamientos que van en la línea de dar acogida al criterio de la “regla per se”.

2. SOBRE EL ABUSO COMO PREDACIÓN EN LA LEGISLACIÓN DE COMPETENCIA

A la luz del Decreto Ley 211¹³⁷, el abanico de conductas sancionables es amplio, dadas las expresiones del art. 3º, lo que no es una conclusión novedosa. Este artículo se expresa en los siguientes términos:

“Art. 3. El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.”

De toda lógica es señalar que la conducta objeto de nuestro estudio es posible de ser contenida por esta disposición, pero nuestra finalidad en este acápite es poner de

¹³⁷ DL 211. CHILE. Fija normas para la defensa de la libre competencia; con tal objeto previene y sanciona las prácticas monopólicas y crea las comisiones y servicios que indica. Santiago, Chile, Diario Oficial diciembre de 1973; teniendo presente las importantes modificaciones introducidas por las Leyes N° 18.118, de 22 de mayo de 1982, N° 19.336, de 29 de septiembre de 1994, N° 19.610, de 19 de mayo de 1999, N° 19.806, de 31 de mayo de 2002, N° 19.911, de 14 de noviembre de 2003.

manifiesto sobre dos variaciones del abuso de acciones y peticiones que son observadas en la legislación nacional.

La primera conducta reconocida, es la señalada en el literal c) del mencionado artículo tercero, que prescribe:

“c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.”

La finalidad de la conducta es la posición dominante, ya sea presente o futura (como barrera de entrada a nuevos actores), buscando en la primera la mantención o el incremento de aquella predominancia o esperando obtenerla de ahí en adelante.

La segunda figura es una variante o ilícito de menor entidad, por cuanto trataría de ataques entre agentes que no poseen posición de dominio y/o su actuar tampoco permitirá aquello, pero que importan una interferencia ilegítima en la producción de un competidor. En este caso, estaremos ante una situación sancionada por la actual Ley sobre Competencia Desleal, a propósito del ejercicio manifiestamente abusivo de acciones, que analizaremos más adelante.

Esta última conducta podemos considerarla como de menor gravedad que la del art. 3° y de carácter residual de esta última. El primer aspecto se refiere a que es un ilícito que únicamente será sancionado por vía civil y no en sede de competencia, y, respecto de nuestra segunda consideración, aquella conducta que siendo un abuso de acciones acreditado, no altera la libre competencia, será al menos objeto de medidas ante el juez civil.

Con todo, cuando este ilícito afecta la libre competencia, puede ser sancionado tanto en sede del TDLC como por vía civil en virtud de la vigente Ley Sobre Competencia Desleal, de manera que una no excluye a la otra.

Asimismo, destacamos el hecho de que este artículo 3° establece un juicio de disvalor de la conducta, reflejada en su rechazo de toda aquella que afecte la competencia, de modo que, incluso, determinadas hipótesis en que no es verificable una intención o dolo por obstaculizar cierto mercado es igualmente sancionable por el

derecho de la competencia. Entendemos que esta normativa tiene por finalidad establecer una política de competencia, la que busca corregir aquellas imperfecciones que se presentan en el mercado, de modo que podemos sostener que el Tribunal debe declarar que una determinada conducta es inaceptable desde la óptica del Derecho, sin perjuicio de que señale aparejadamente que el agente activo no debe ser condenado a multa alguna, por cuanto no es posible atribuirle responsabilidad en términos de su culpabilidad. Sobre este punto expondremos en acápite posterior.

3. SOBRE SANCIONES EN MATERIA DE COMPETENCIA DESLEAL

3.1 Breve reseña acerca de la competencia desleal

En lo que se refiere a la competencia, el interés o importancia que se asigna desde el mundo del Derecho es diametralmente distinta a lo que por tal preocupa a la economía¹³⁸. Esta última, busca constantemente el lograr los equilibrios de la competencia perfecta, que es aquella que se verifica al existir un gran número de agentes que concurren a un mercado, homogeneidad del producto, movilidad de los recursos económicos y conocimiento perfecto.

Sin embargo, desde la óptica del Derecho, cuando aquellas condiciones óptimas y deseadas de competencia acaecen, no interesan al jurista para efectos de aplicar el ordenamiento vigente. Es decir, surgirá nuestra preocupación una vez que un determinado agente ha logrado afectar la actividad de un mercado, siendo en materia de competencia desleal principalmente la desviación de clientela a favor suyo, tema que justificará la aplicación del Derecho¹³⁹. El fenómeno competitivo que preocupa al jurista será aquel en que un competidor busca controlar el mercado arrebatando clientes, lo cual se verifica por medios ilegítimos, los cuáles no dicen relación alguna con aumentar los niveles de eficiencia que reporta cierto bien o servicio.

¹³⁸ GACHARNÁ, María Consuelo. La Competencia Desleal, Editorial Temis Librería, Bogotá, 1982, p. 10 y siguientes.

¹³⁹ *Ibíd*em, p. 13.

En términos históricos, el tema de la Competencia Desleal es un asunto más bien moderno y surge por allá en el año 1850 en Francia¹⁴⁰ sobre la base del Código Civil, conforme a las normas referidas al pago de daños y perjuicios originados por actos ilícitos. Sin perjuicio de que la normativa vigente a la época no contemplaba prohibiciones específicas para esta clase de ilícitos, las reglas civiles permitieron establecer vías para atacar estos hechos. Para ello se recurrió a la modalidad de responsabilidad aquiliana contenida en dicho Código, pero se ha de entender que esto requería cumplir con los elementos que componen el delito civil extracontractual¹⁴¹. Situación similar se verificó en el caso Inglés, donde a partir del “law of torts”¹⁴² se dio solución a los problemas de la falta de lealtad.

Frente a esto, Francia en 1905 creó la primera legislación de protección del consumidor, respecto de fraudes de los productos. En 1973 prohibió la publicidad engañosa¹⁴³.

Alemania, por su parte, encontró la negativa de la judicatura en aplicar los principios contenidos en el Código Civil, de modo que en 1909 se creó la primera ley específica contra la competencia desleal. Esta legislación es aún la base de la normativa contraria a esta clase de conductas¹⁴⁴.

Una profusa legislación comparada europea se generó a fines del siglo XIX y comienzos del XX, de modo que para dar uniformidad a este tema se procedió a la suscripción de la Convención de París de 1883, en virtud de la cual se creó la Unión de Estados para la Protección de la Propiedad Industrial. Con posterioridad, este instrumento ha sido revisado en innumerables ocasiones (Bruselas 1900; Washington

¹⁴⁰ SÁNCHEZ PICHARDO, Alberto. La competencia desleal. Editorial Porrúa, México, 2003, p. 81.

¹⁴¹ GACHARNÁ, María Consuelo. Op. cit., p. 40.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ SÁNCHEZ PICHARDO, Alberto. Op. cit., p. 81.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

1911; La Haya 1925; Londres 1934; Lisboa 1958)¹⁴⁵. Como apreciamos, la regulación comparada lleva bastante tiempo de experiencia, en comparación al caso chileno.

En cuanto a la conceptualización propiamente tal de la competencia desleal, cabe señalar que la doctrina y diferentes legislaciones han apuntado en su totalidad a la deshonestidad en los usos que importan estas prácticas, pero han tomado veredas opuestas en lo que se refiere a la finalidad que estos hechos conllevan.

Por una parte, existen referencias que acotan este punto a la búsqueda de desplazamientos de clientela por parte del agente victimario. Henri Capitant define esta conducta como “un delito civil que en ocasiones coincide con un delito penal, consistente en que una persona cuya profesión suponga tener clientela (comerciante, industrial, médico) quite a otra de la misma profesión todo o parte de su clientela mediante actos lesivos de los principios de honestidad que son ley de la profesión”¹⁴⁶. Similar definición entrega Eugen Pouillet¹⁴⁷.

Por otra parte, Alfred Moreau sostendría que “la concurrencia lícita es el hecho de aquel que imprudentemente o de mala fe, con un fin de concurrencia ataca un derecho resultante de una organización individual”¹⁴⁸. En este caso, se pone el acento en una actividad de competencia como finalidad prevista por el agente victimario.

En el caso alemán, María Consuelo Gacharna señala el artículo 1° de la normativa expedida en 1909 y que dispone “quién ejecute, dentro de sus relaciones de negocios, con fines de competencia, actos contrarios a los usos honestos, puede ser demandado

¹⁴⁵ GACHARNÁ, María Consuelo. Op. cit., p. 40.

¹⁴⁶ Ibídem, p. 45. El autor citando a Henry Capitant, de su obra Vocabulario Jurídico, París, 1936.

¹⁴⁷ Ibídem. A continuación transcribimos la definición referida: “La competencia desleal, la palabra misma lo indica, es aquella que emplea los medios torcidos, fraudulentos, formas que la rectitud y la honestidad reprueban. Sus armas son innumerables, muchas veces ingeniosas, siempre pérfidas... si los medios pueden variar hasta lo infinito, su fin es siempre el mismo: el desvío de la clientela de otros... La competencia desleal busca en todos los casos apoderarse indebidamente del favor del público, y por consiguiente atraer una clientela que sin estas maniobras podría dirigirse a otra parte”.

¹⁴⁸ Ibídem, p. 45.

para la cesación de tales actos y la indemnización de perjuicios con ellos causados”¹⁴⁹. De similar forma, el Código Civil Italiano establece como concepto residual o general de competencia desleal el que “3°) se vale directa o indirectamente de cualquier otro medio no conforme con los principios de la corrección profesional e idóneo para perjudicar la hacienda ajena”¹⁵⁰. En ambos casos citados observamos figuras que contravienen la lealtad u honestidad que razonablemente se esperaría en los usos mercantiles, sin hacer referencia necesaria a la desviación de clientela, con lo que este no sería un elemento fundamental para estar frente a esta clase de ilícitos.

La misma autora, pone de manifiesto lo que acontece con el Código Penal Argentino que en el artículo 159 prescribe “Será reprimido con multa de cien mil a ochocientos mil pesos, el que, por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, trate de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial”¹⁵¹. Como podemos apreciar, en este caso la conceptualización de la competencia desleal es entendida como una figura en que lo central es el perjuicio ajeno consistente en la desviación de clientela sufrida. No obstante, en los casos anteriores apreciamos, más bien, un juicio de disvalor de la conducta en sí, por ser una transgresión de la honestidad o lealtad que se espera concorra en la competencia en un determinado mercado, prescindiendo de la intromisión en la clientela del rival.

Esto se relaciona con diversas teorizaciones, donde encontramos un primer grupo que plantean que la competencia desleal constituye una lesión de cierto derecho subjetivo protegido por el derecho, de modo que para el surgimiento de la responsabilidad del agente activo de esta conducta se requiere un daño concreto en aquella clase de derechos. Una primera clasificación acude a la afectación de un

¹⁴⁹ Ibídem, p. 42.

¹⁵⁰ Ibídem, p. 43.

¹⁵¹ Ibídem, p. 44. En actualidad, la multa asciende a pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil.

“derecho de la personalidad”¹⁵², presentando tres diferentes propuestas de derecho que se observa afectado. La primera se refiere al “derecho a la lealtad en la competencia”¹⁵³ y sostiene que el derecho de la personalidad es el cimiento del derecho de libre tráfico, pero que en caso alguno este último es una potestad absoluta, ya que tiene como límite la personalidad ajena mediante la deslealtad. Un segunda, propone visualizar como bien jurídico afectado por esta clase de ilícitos el “derecho de la personalidad en el libre ejercicio de su actividad”¹⁵⁴, que entiende que todo individuo posee la capacidad o exclusivo dominio de la determinación de su personalidad, obviamente siéndolo en lo que se refiere a su libertad industrial, la que determina la licitud de la concurrencia, mas conlleva la ilicitud de cierto acto por haberse abusado de ella y, por tanto, ha transgredido la personalidad de otro. Un tercer planteamiento postula que estamos frente a un “derecho a la lealtad en la concurrencia”¹⁵⁵, que entiende acerca de la efectividad de un derecho subjetivo vinculado a la existencia de un sujeto, que posibilita el desarrollar una determinada actividad comercial. El matiz que agrega esta postura está dado por la preocupación por intereses generales, que en este caso reconoce un derecho a ejercer una actividad económica que está sujeta al respeto de los derechos de los consumidores.

Estos planteamientos fueron objeto de crítica tanto respecto a la aceptación de estos derechos de la personalidad (que, ya siendo vagos, planteaban que la real afectación se sufría más en el patrimonio que en bienes intangibles) como desde la óptica de que la normativa de competencia busca regular y proteger el accionar del empresario, de modo que sería insostenible plantear este derecho de la personalidad como el objeto afectado por la competencia desleal, en circunstancias que únicamente perturbaba a un determinado grupo de integrantes de la sociedad (sólo algunos verían su derecho de la personalidad afectado).

¹⁵² MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. Protección jurídica de la lealtad en la competencia, Editorial Montecorvo, Madrid, 1993, p. 31.

¹⁵³ Ibidem.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 32-33.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 34.

Una segunda clasificación entiende que el bien jurídico protegido en la competencia desleal es un derecho patrimonial, que se puede observar desde cuatro perspectivas. La primera sostiene que el bien afectado es el “derecho a la empresa”¹⁵⁶, que se orienta a permitir un goce sin perturbación de la empresa y que correspondería a su propietario, al entender este aspecto como un elemento que compone la empresa. Esta visión también es criticada por no poder justificar cada una de las conductas que son parte de la tipología de la competencia desleal. La segunda expresión como derecho patrimonial, es aquella que sostiene que esto se trataría de un “derecho a la clientela”^{157/158}.

Este derecho estaría compuesto por elementos corporales e incorporeales, estando entre el primer grupo los registros de clientes, fichas de estos, entre otros. De los incorporeales encontramos relaciones jurídicas que tienen por finalidad conservar y aumentar la clientela, siendo un ejemplo los contratos de abono. De este modo, este derecho le permite a su propietario disfrutar de la clientela, pudiendo disponer de ella, efectuándolo sin perturbaciones ilegítimas por parte de terceros. El derecho de clientela se erige como un elemento de valor económico decisivo en el quehacer de la empresa, transformándose en el bien jurídico protegido por la legislación de competencia desleal, que busca proteger al comerciante de la competencia ilícita que le provoca un daño patrimonial al obstaculizar sus posibilidades de venta¹⁵⁹.

Otras teorías vinculadas a la lógica del derecho patrimonial son las de la “azienda”¹⁶⁰ y del “aviamiento”¹⁶¹, referidas al concepto de empresa, de modo que reducen el derecho de la competencia a estas organizaciones.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 38.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 40.

¹⁵⁸ GACHARNÁ, María Consuelo. Op. cit., p. 99.

¹⁵⁹ MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. Op. cit., p. 42.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 42.

¹⁶¹ Ibidem, p. 45.

Estas teorías patrimoniales se han criticado principalmente por reducir el campo de acción de la legislación de competencia desleal a conflictos meramente pecuniarios, en circunstancias que la doctrina y jurisprudencia reconoce determinadas conductas como ilícitas y que no encajan en el tradicional entendimiento.

A partir de las crisis del siglo XIX y, especialmente, de las consecuencias de la Gran Depresión del 29, se dio paso a una serie de críticas respecto de la capacidad con que cuenta el mercado para lograr niveles óptimos de asignación de los recursos y que ello se produzca en un ambiente de estabilidad. De esta manera, se da cabida a intereses generales y de orden público económico, produciéndose una ampliación tuitiva de la esfera de aplicación de esta normativa de competencia. Esta tendencia será recogida recién en la década de los cincuenta del pasado siglo, bajo el establecimiento del Estado social y democrático de Derecho. De este modo, se acogen planteamientos en el sentido de que este tipo de conductas se refiere al incumplimiento objetivo de ciertos deberes que deben observar los competidores en el mercado y, asimismo, se observa la vinculación de esta materia con la legislación de “antitrust” o de libre competencia, donde el juicio de disvalor efectuado a cierto acto apunta al cómo habría afectado negativamente en el mercado relevante, más que la manera en que se ha visto perjudicada la víctima rival o competidora.

3.2 Normativa nacional referida a la competencia desleal

Sin lugar a dudas hemos observado como el ejercicio abusivo de los derechos de acción y petición son formas concretas de prácticas predatorias por vía no constitutiva de precios, pero es fundamental señalar que la legislación nacional le ha dado un especial tratamiento como competencia desleal.

Así, la Ley 20.169¹⁶² que regula la competencia desleal define genéricamente en el artículo 3° este tipo de ilícitos como:

¹⁶² LEY 20.169. Regula la Competencia Desleal, Chile, Diario Oficial Febrero 2007.

“En general, es acto de competencia desleal toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado.”

Con esta ley se busca cerrar la regulación referente a la competencia en los mercados, pero en lo que se trata estrictamente a conductas que atentan contra la buena fe y el honor que debe primar entre competidores. Los vacíos dejados por la legislación de libre competencia y defensa del consumidor son satisfechos con esta normativa.

Con anterioridad a esta ley, todos aquellos asuntos que calificaban como competencia desleal se encontraban bajo una nebulosa y la única vía más o menos iluminada era la que establecía el DL 211 (otro tanto existía en materia marcaria, pero ciertamente acotado a conflictos sobre patentes). Sin embargo, bajo las disposiciones de este cuerpo legal es necesaria la verificación de turbación de la libre competencia. En cierta medida, se podría considerar que las normas sobre costas procesales y de responsabilidad extracontractual de nuestro Código Civil entregaban cierta forma de desincentivar estas prácticas y lograr la satisfacción de los perjuicios sufridos por parte de los afectados por aquellas. No obstante, el Código de Bello al momento de su elaboración no consideraba estos asuntos para efectos de dar solución legal alguna, con lo que no es factible el señalar cuál sería el grado de laxitud de sus normas para acoger conductas o cuál era la metodología a aplicar para determinar los daños concurrentes y los medios de mitigación. Esto a partir del 2007 se ha esclarecido, pero es normativa nueva que aún no es sometida al suficiente rigor dogmático y práctico para efectos de conocer sus fortalezas y deficiencias.

En lo que se refiere las conductas que se han de entender como desleales, el artículo 4° de esta ley hace reseña a una nómina de hipótesis, que en caso alguna es taxativa, para fines de guiar el criterio de la judicatura. Estos actos son los siguientes:

“a) Toda conducta que aproveche indebidamente la reputación ajena, induciendo a confundir los propios bienes, servicios, actividades, signos distintivos o establecimientos con los de un tercero.

b) El uso de signos o la difusión de hechos o aseveraciones, incorrectos o falsos, que induzcan a error sobre la naturaleza, proveniencia, componentes, características, precio, modo de producción, marca, idoneidad para los fines que pretende satisfacer, calidad o cantidad y, en general, sobre las ventajas realmente proporcionadas por los bienes o servicios ofrecidos, propios o ajenos.

c) Todas las informaciones o aseveraciones incorrectas o falsas sobre los bienes, servicios, actividades, signos distintivos, establecimientos o relaciones comerciales de un tercero, que sean susceptibles de menoscabar su reputación en el mercado. Son también ilícitas las expresiones dirigidas a desacreditarlos o ridiculizarlos sin referencia objetiva.

d) Las manifestaciones agraviantes que versen sobre la nacionalidad, las creencias, ideologías, vida privada o cualquier otra circunstancia personal del tercero afectado y que no tenga relación directa con la calidad del bien o servicio prestado.

e) Toda comparación de los bienes, servicios, actividades o establecimientos propios o ajenos con los de un tercero, cuando se funde en algún antecedente que no sea veraz y demostrable, o, cuando de cualquiera otra forma infrinja las normas de esta ley.

f) Toda conducta que persiga inducir a proveedores, clientes u otros contratantes a infringir los deberes contractuales contraídos con un competidor.

g) El ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente del mercado.

h) La imposición por parte de una empresa a un proveedor, de condiciones de contratación para sí, basadas en aquellas ofrecidas por ese mismo proveedor a empresas competidoras de la primera, para efectos de obtener mejores condiciones que éstas; o, la imposición a un proveedor de

condiciones de contratación con empresas competidoras de la empresa en cuestión, basadas en aquellas ofrecidas a ésta. A modo de ejemplo, se incluirá bajo esta figura la presión verbal o escrita, que ejerza una empresa a un proveedor de menor tamaño cuyos ingresos dependen significativamente de las compras de aquélla, para obtener un descuento calculado a partir del precio pactado por ese mismo proveedor con algún competidor de la primera empresa.

i) El establecimiento de cláusulas contractuales o conductas abusivas en desmedro de los proveedores o el incumplimiento sistemático de deberes contractuales contraídos con ellos.”

Actos de confusión, de comparación, de denigración, de imitación, explotación de reputación ajena¹⁶³ y que han sido plasmadas en este cuerpo legal, apuntan a una de las primeras formas de abordar la desleal competencia como mecanismo de desviación de la clientela ajena, por medio de actitudes que buscan alterar la información con que estos cuentan al momento de optar de determinado bien o servicio.

En los casos contemplados entre los literales f) al i), observamos conductas que dicen relación con el trato entre los agentes de un mercado, buscando moralizar el actuar de aquellos y proscribir acciones deshonestas o desleales. A diferencia de las anteriores, estas no dicen relación con la clientela del competidor, sino, más bien, a evitar que ciertos agentes puedan afectar las relaciones comerciales o actividad productiva de otros.

De este modo, respecto del primer grupo de conductas, aquellas que buscan engañar o influir ilegítimamente en la decisión del cliente ajeno, consideramos que estos son los requisitos necesarios para su configuración:

- 1) Toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres.
- 2) Utilización de medios ilegítimos.

¹⁶³ BARONA VILAR, Silvia. Competencia desleal, Editorial Tirant Lo Blanch, 2da edición, Valencia, 1999, p. 40 y ss.

3) Perseguir desviar clientela de un agente del mercado.

Del último requisito, entendemos que existe una manifestación dolosa que apunta derechamente a la desviación de clientela por medio de actos que la confunden o inducen. Es decir, el legislador no acepta formas basadas en la mera culpa, con lo que este asunto se ha de acreditar bajo los medios probatorios y valoraciones que se establecen en la ley. Cabe estimar que, estas consideraciones dicen relación únicamente con este grupo de conductas, dado que los términos de los artículos 3° y 4° nos permiten inferir acerca de la existencia de otros actos desleales que son objeto de persecución por esta ley y que pueden presentar especiales formas de realización.

Para fines de hacer frente a estas prácticas, la Ley de Competencia Desleal en el artículo 5° establece las acciones que proceden contra ellas, las que pueden ejercerse de manera conjunta o separadamente. Estas son acciones de cesación del acto o de prohibición de la conducta, acción declarativa de ser desleal ésta, acción de remoción de sus efectos y acción de indemnización de los perjuicios.

Estas acciones son otorgadas en beneficio del que directa y personalmente se vea amenazado o perjudicado en sus intereses legítimos¹⁶⁴ por estos hechos, quedando abierta la opción para que asociaciones gremiales que tengan por función la defensa de los intereses de agentes del mercado puedan interponer estas, excluyéndose únicamente la de indemnización de los perjuicios (el legislador entiende que el afectado personalmente es el legitimado activo para hacer valer esta ante el órgano jurisdiccional). Asimismo, no procederá esta indemnización cuando el demandado hubiere sido condenado a resarcir en virtud de otro ordenamiento legal.

En lo que se refiere a la prescripción¹⁶⁵ de las acciones, ello acontecerá en el plazo de un año desde la ocurrencia de los hechos que dan lugar al ilícito de competencia desleal, o desde que fue conocido, salvo para la indemnización de perjuicios que

¹⁶⁴ Artículo 6.

¹⁶⁵ Artículo 7.

prescribe en el plazo de cuatro años, asunto que no es más que reiterar las reglas generales referidas a la responsabilidad extracontractual.

De lo concerniente a la competencia para conocer de estos asuntos en juicio, el artículo 8º, de la citada ley, dispone que le corresponderá a los Juzgados de Letras en lo civil con asiento en el domicilio del demandado o del actor, quedando esto a criterio de este último. Sobre este asunto, manifestamos desde ya la inconveniencia de la decisión legislativa, por cuanto la necesaria resolución de estos asuntos nos llevan a campos que son desconocidos por esta parte de la judicatura¹⁶⁶.

Para cerrar esta exposición de la actual legislación que regula la competencia desleal, cabe señalar que el procedimiento aplicable¹⁶⁷ a estos conflictos es el juicio sumario, que se contempla en el Título XI del Libro III del Código de Procedimiento Civil¹⁶⁸.

A continuación nos referiremos puntualmente al ejercicio abusivo de acciones como conducta calificada de competencia desleal y el vigente reenvío que efectúa la ley 20.169 al DL 211.

¹⁶⁶ La falta de especialización sobre temas que deslindan con aspectos propios de la economía (demanda y oferta; mercado relevante; desviación de clientes, entre otros) son una falencia de importancia, que estimamos como un desincentivo para el ejercicio de las acciones ya referidas. Puede que el órgano ad hoc sea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, pero es patente que ello procede por una cuestión de obviedad de que los integrantes de este tribunal conocen de estas materias, pero en caso alguno podemos sostener que la legislación nacional haya puesto dentro de sus preocupaciones la mera deslealtad en el juego de la competencia. Pareciera que lo apropiado sería reunir los conflictos en materia de libre competencia y de competencia desleal en un único Tribunal Nacional Económico, con lo que la resolución de estas materias se haría por un ente especializado. Frente al temor expresado respecto de nuestros juzgados de letras en lo civil, la esperanza es que las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema sean criteriosas y requieran la prueba pericial suficiente para enfrentar de manera apropiada esta temática.

¹⁶⁷ Artículo 9º.

¹⁶⁸ Artículo 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

3.3 El ejercicio abusivo de acciones catalogado de competencia desleal

Cabe tener presente que la normativa de competencia desleal señala por vía ejemplar una serie de conductas que han de estimarse como contrarias a Derecho, con lo que una serie de otras hipótesis pueden ser englobadas bajo la definición del artículo 3°.

De esta manera, el abuso de acciones presenta las siguientes características:

- 1) El ejercicio manifiestamente abusivo de acciones: carecen de un conflicto intersubjetivo relevante jurídicamente (nos remitimos al capítulo referido al abuso).
- 2) Acciones judiciales: esto no excluye las que se ejerzan por vía administrativa, ya que debemos tener en cuenta que el artículo 4° efectúa una mera exposición y no se cierra a conductas diferentes.
- 3) Con la finalidad de entorpecer la operación de un agente del mercado: El fin está dado por el dolo.

La Ley 20.169 en su finalidad por moralizar la conducta de los agentes de un mercado, ha buscado sancionar el ejercicio abusivo de acciones judiciales, las cuáles si provienen de un competidor puede que sean rivales actuales o potenciales (porque la ley no realiza esa diferencia). Asimismo, dicho ataque puede provenir de otro agente, como lo sería aquel que opera en diferentes segmentos de dicho mercado. En conclusión, el ataque busca estorbar el proceso productivo de otro agente, en su normal funcionamiento o imponiendo barreras artificiales a un nuevo competidor.

Cabe agregar que, esta conducta como un trato deshonesto para con otros agentes del mercado debemos considerarla como una hipótesis de competencia desleal, pero en el caso de que genere efectos indeseados para la libre competencia estimamos que es una figura de práctica predatoria por vía distinta de los precios. Esta dualidad no representa mayores inconvenientes, por cuanto tanto bajo el DL 211 como la Ley 20.169 es sancionable la conducta. Nuestra proposición va en el sentido de que en sede de libre competencia debe estimarse como una práctica que busca preñar

competidores presentes o potenciales, lo que no quita que sea un acto deleznable en términos de la lealtad u honestidad. Este aspecto dice relación, más bien, con un intento por clasificar correctamente la hipótesis, ya que inferimos, del análisis histórico y legislativo, que su introducción en la competencia desleal es más una búsqueda por moralizar las relaciones entre competidores, pero que si estudiamos con mayor detalle esta clase de actos podemos advertir que es principalmente una herramienta para excluir rivales.

3.4 Vínculos de la legislación de competencia desleal con el DL 211

No cabe duda alguna sobre la relación existente entre las conductas reprochadas por la Ley 20.169 y las de competencia desleal del DL 211, en especial en el sentido de que las primeras pueden indefectiblemente redundar en prácticas atentatorias de la libre competencia. Es por esta razón que el artículo 10° de la Ley de Competencia Desleal hace un interesante reenvío al DL 211.

En primer lugar, conforme a la primera parte del inciso primero del mencionado artículo, si hubiere sentencia firme que da por establecido la existencia de uno o más hechos constitutivos de competencia desleal, deberá de oficio el tribunal (que dictó dicha resolución) comunicar al Fiscal Nacional Económico sobre la ocurrencia de las referidas conductas. Recibidos los antecedentes, el Fiscal posee la facultad de requerir al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la aplicación de la multa correspondiente.

En segundo lugar, esta ley establece un plazo de dos años para que la fiscalía interponga el requerimiento correspondiente. Este periodo de tiempo de comenzará a computar desde el momento en que se ha recibido los antecedentes.

En tercer lugar, atendidas la gravedad de la infracción o la extensión del perjuicio provocado, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia procederá a aplicar la multa que conforme a su ley constitutiva correspondiere. Sin embargo, se encuentra limitado para fines de establecer esta sanción.

Esto se encuentra establecido en el inciso final del artículo 10° que señala que dicha multa fluctuará entre 2 y 1.000 unidades tributarias mensuales, la cual tendrá por beneficiario al Fisco.

En cuanto a la determinación del monto de la multa, en virtud del art. 26 del DL 211, el TDLC considerará las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor y, a fin de obtener la disminución de la multa, la colaboración que se haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación. Con todo, estos criterios no son taxativos, con lo que el tribunal de la competencia podrá considerar otros factores que estime convenientes para la determinación de la suma de dinero a pagar.

4. JURISPRUDENCIA ESTADOS UNIDOS

En Estados Unidos existe una tendencia a tratar conjuntamente los abusos del derecho de accionar y el de petición, de modo que el análisis sobre este tema es mucho más flexible y de fácil aplicación al caso concreto. Como adelanto, agregar que, en nuestra tradición, al derecho de petición se le ha otorgado poca trascendencia en nuestra legislación, lo cual indudablemente se debe a las influencias del Derecho revolucionario francés y a las particulares visiones del Derecho originado en España que tuvo particular vigencia hasta buenos años después de nuestra vida independiente. Por lo demás, no observamos asuntos ventilados ante el TDLC sobre este derecho.

A continuación analizaremos los fallos emblemáticos de la jurisprudencia estadounidense, que es la cuna de la doctrina que ha tratado el asunto de nuestro estudio, para luego proceder a referirnos sobre la evolución que esta judicatura ha observado para este tipo de asuntos.

4.1 Eastern Railroad Presidents Conference vs. Noerr Motor Freight, Inc.¹⁶⁹

Este es el primer fallo de importancia destacado por la doctrina norteamericana sobre este tema, que junto con el Caso Pennington, que veremos luego, establecen la denominada “sham exception”. En este juicio, un grupo de transportista demandó a un grupo de empresarios ferroviarios por transgredir la Sherman Act.

En palabras de los transportistas, los denunciados iniciaron una campaña publicitaria con el objeto de lograr que los primeros pagasen una tasa mayor de impuestos y que fuera modificada cierta regulación, siendo unos de los principales conflictos lo referente al peso de carga permitido. Mediante el derecho de petición los denunciados habrían buscado excluir a la competencia, logrando monopolizar el transporte de carga de larga distancia, en virtud de la modificación de la normativa vigente.

La Corte Suprema estadounidense estimó que la conducta de los empresarios ferroviarios no era contraria a Derecho y recalcó que el ejercicio del derecho de petición es inmune (Noerr-immunity; este ejercicio se refiere a solicitudes hechas para ante el poder legislativo) frente a la responsabilidad¹⁷⁰ que surge desde la normativa del derecho “antitrust”. Inclusive, esta inmunidad abarcaría hipótesis en que realmente existiera un interés por perjudicar a otro competidor¹⁷¹.

Sin embargo, esta misma corte declaró:

“Pueden presentarse situaciones en las que una campaña publicitaria orientada a influir en la acción pública, sea solamente un fraude para encubrir lo que en realidad es un intento de interrumpir directamente en las

¹⁶⁹ U.S. SUPREME COURT. 365 U.S. 127 (1961)

¹⁷⁰ HOVENKAMP, Herbert. Federal antitrust policy, the law of competition and its practice, 2da edition, Editorial West Group, 1999, p. 682.

¹⁷¹ WELSMAN, Sandra. Commercial power and competitor litigation, Australian business Law Review, Tomo 24 n°2, Sydney, 1996, p. 10.

relaciones comerciales de un competidor y, en ese caso, la aplicación de la Sherman Act resultaría justificada”¹⁷².

De esta manera, pese a la inmunidad que se sustenta a partir de la “Primera Enmienda” y que es característico del derecho de petición, existen excepciones que corresponden a un ilícito de competencia y que, por tanto, procede aplicar las sanciones que la legislación establece. Esta excepción ha sido denominada como “sham litigation”.

4.2. United Mine Workers vs. Pennington¹⁷³

En aplicación del caso Noerr, la Corte Suprema de Estados Unidos estableció la inmunidad del derecho de petición frente al derecho “antitrust” en el caso de solicitudes efectuadas al poder ejecutivo.

En esta ocasión, la United Mine Workers (UMW) por medio del Secretario del Trabajo ejecutaron esfuerzos para que la Autoridad del Valle de Tennessee (TVA en sus siglas en inglés) optara por adquirir el carbón que producía, siendo esto en desmedro de sus competidores. Junto con ello, los demandantes sostuvieron que la autoridad actuó como co-conspirador en esta causa por cuanto intervenía como potencial comprador.

Tanto en lo referente a la petición como a la coparticipación del gobierno, la Corte Suprema razonó de igual manera que en el caso Noerr y sostuvo que ambas situaciones estaban fuera del alcance de la Sherman Act, siendo inmune la solicitud elevada por parte de UMW.

¹⁷² BULLARD, Alfredo y FALLA, Alejandro. Op. cit., p. 52. Traducción libre realizada por los autores: “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.”

¹⁷³ U.S. SUPREME COURT. 381 U.S. 657 (1965).

4.3 California Motor Transport Co. vs. Trucking Unlimited¹⁷⁴

Este caso es el corolario final de la “Noerr immunity”, ya que este fallo hace extensible dicha inmunidad a las peticiones efectuadas a los tribunales de justicia. California Motor Transport Co. fue demandada por haber conspirado en la monopolización del negocio de transporte de mercaderías por la vía de incoar procedimientos en sede administrativa y judicial, oponiéndose a las concesiones de derechos de transporte que solicitaban sus competidores al Estado de California. En cuanto a la inmunidad Noerr-Pennington, los demandantes argumentaban que esta no abarcaba a las presentaciones hechas a órganos decisorios, ya que la jurisprudencia solamente la habría establecido para las que se hicieren ante poderes legislativos y ejecutivos.

La Corte Suprema estableció que “(...) mantener grupos con intereses comunes no podrían, sin violar las leyes antitrust, utilizar los canales y procedimientos de las agencias estatales y federales para defender sus asuntos y puntos de vista en relación a la resolución de sus intereses con respecto a sus competidores destruirá los derechos de asociación y de petición”¹⁷⁵.

Junto con ello, señaló “los intereses protegidos por la Primera Enmienda en relación con la litigiosidad privada no se defienden cuando el litigio está fundado en falsedades intencionales o en reclamaciones conscientemente frívolas. Más allá, toda vez que el litigio fraudulento no incluye, por definición, un reclamo de buena fe no se encuadra en el derecho de petición de los ciudadanos de la Primera Enmienda”¹⁷⁶.

4.4 Evolución jurisprudencial estadounidense

¹⁷⁴ U.S. SUPREME COURT. 404 U.S. 508 (1972).

¹⁷⁵ BULLARD, Alfredo y FALLA, Alejandro. Op. cit., p. 52.

¹⁷⁶ *Ibíd.*

Como pudimos observar, el ejercicio de derecho de petición se encuentra envuelto por una fuerte coraza de inmunidad, lo que es consecuencia lógica de su trascendencia en la “Primera Enmienda” de la Constitución de Estados Unidos. De esta manera, la Sherman Act encuentra un importante escollo para poder hacer efectiva ciertas responsabilidades.

Sin embargo, como ya relatamos, la denominada “sham exception” viene a ser la ventana por la cual es posible perseguir a quiénes fraudulenta o abusivamente utilizan los procedimientos.

En *Eastern Railroad Presidents Conference vs. Noerr Motor Freight Inc*¹⁷⁷, la Supreme Court señaló que aquellas serían las “dirigidas de forma ostensible a influenciar la acción del gobierno, (que) sean una mera apariencia para encubrir lo que no es más que un intento de interferir en las relaciones comerciales de un competidor”¹⁷⁸. A esto, debe agregarse lo resuelto en el caso *Pennington y California Motor*, con lo que esta excepción de la Noerr immunity es extensible a otros procedimientos.

Además, en este último caso de *California Motor*, la Corte declaró “(...) las conductas inmorales en el proceso tienen como resultado frecuente la imposición de sanciones. El falso testimonio de testigos es un ejemplo. El uso de una patente obtenida mediante fraude para excluir a un competidor del mercado puede implicar una violación de las leyes de competencia (...) El soborno de un funcionario público encargado de otorgar una licencia con la finalidad de eliminar a un competidor puede constituir igualmente una infracción a las normas de libre competencia. (...) Existen otras formas de prácticas ilegales y reprimibles que pueden corromper los procedimientos administrativos o los procesos judiciales y que pueden resultar en violaciones a las normas de competencia”¹⁷⁹.

¹⁷⁷ U.S. SUPREME COURT. 365 U.S. 127 (1961)

¹⁷⁸ BULLARD, Alfredo y FALLA, Alejandro. Op. cit., p. 52. Traducción efectuada por los autores.

¹⁷⁹ *Ibíd*em, p. 53.

De esta manera, la Suprema Corte reconoció la existencia de una serie de conductas contrarias a Derecho (falso testimonio, obtención fraudulenta de una patente y su utilización, soborno, entre otros), quedando dentro de esta categoría aquellas que consisten en corromper procedimientos administrativos o los procesos judiciales y que verifican simultáneamente la transgresión de la normativa de competencia. Bajo esta hipótesis, la Noerr-Pennington immunity no aplica.

Sin perjuicio de lo señalado, a partir de 1988 pareciera existir una ampliación de la inmunidad, conllevando la consecuente restricción de la “sham exception”. Esto, por cuanto, en el caso *Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head Inc.*¹⁸⁰ la Corte Suprema resolvió que esta excepción a la inmunidad solamente abarcaría aquel derecho de petición que constituyera una: “actividad que no fuera genuinamente intentada con el objeto de influenciar la acción gubernamental”¹⁸¹.

Tal como apunta el profesor de Harvard Einer Elhauge¹⁸², en el caso de que el ejercicio del derecho de petición signifique una restricción de la competencia, esta acción será inmune si 1) esta situación nociva es incidental, 2) existe un esfuerzo genuino y 3) válido de influenciar la decisión de la autoridad. El autor plantea que la SupremeCourt buscó superar los planteamientos propuestos casi 30 años atrás, pero pareciera que más que clarificar vino a enlodar en mayor medida la manera de afrontar esta clase de ilícitos.

Esto último se debe a que, como señala Elhauge, en el caso Noerr existía una clara intención de perjudicar a la competencia (situación similar en Pennington) y conjuntamente un esfuerzo claro de influenciar a la autoridad. De este modo, el nuevo criterio no nos permite señalar por qué este genuino esfuerzo merece de inmunidad, en circunstancia que conlleva un interés simultáneo contrario a Derecho. Además, es complejo descartar la falta de la motivación o esfuerzo de influir, de modo de asegurar

¹⁸⁰ U.S. SUPREME COURT. 486 U.S. 492 (1988)

¹⁸¹ ELHAUGE, Einer. Making Sense of the Antitrust Petitioning Immunity, 80 CAL. L. REV. Vol 80, 1992, p. 1186. Traducción literal: “activity that was not genuinely intended to influence governmental action”.

¹⁸² Ibídem, p. 1187.

que estamos ante una situación que no merece inmunidad. ¿Por qué debemos otorgar inmunidad cuando es clara la intención de provocar por consecuencia perjuicios a los competidores?

Para superar esta incerteza, la Corte señaló en el citado fallo que deberá considerarse “la fuente, el contexto y la naturaleza”¹⁸³ de la restricción anticompetitiva, relacionada con los tres puntos expuesto por Elhauge, pero no es posible desprender si es posible verificar otros medios, contextos y naturaleza que justifique la intervención del derecho de la competencia.

Para cerrar, creemos concluir que la jurisprudencia estadounidense ha buscado abordar la problemática del abuso de las peticiones que entraban la competencia, pero aún existen oscuros márgenes sobre lo que debe estimarse como ilícitos, por cuanto se ha buscado entregar ciertos criterios y nuevos enfoques sobre el tema, pero existen complejas contradicciones.

5. JURISPRUDENCIA UNIÓN EUROPEA

En Bélgica, Belgacom S.A. poseía la exclusividad en la prestación del servicio de telefonía fija y por medio de la ITT Promedia NV se entregaba a casa usuario las guías telefónicas. Esta última empresa contaba con un derecho para poder editar estas guías, en virtud de un acuerdo con Belgacom que tuvo una vigencia de 20 años. Sin embargo, en el año 1994 concluyó dicha relación comercial y se iniciaron una serie de negociaciones y conflictos referentes a la distribución de estas guías. De estos últimos, Belgacom entabló una serie de procedimientos contenciosos contra ITT, con lo que esta última acusaba una práctica contraria a la competencia, al abusar de acciones judiciales con fines predatorios.

Cabe señalar que las argumentaciones referentes a estos abusos fueron desestimados tanto a nivel local como comunitario.

¹⁸³ *Ibíd.*

La Comisión de la Comunidad Europea estableció, en mayo de 1996, los criterios bajos los cuales se podría estimar que una empresa podría abusar de acciones judiciales con fines anticompetitivos: “(...) el hecho de ejercitar una acción judicial, expresión del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, no puede calificarse de abuso, a menos que la empresa en posición dominante ejercite acciones judiciales: (i) de las que no pueda considerarse razonablemente que tenga por objeto hacer valer sus derechos y que, por tanto, solo puedan servir para hostigar a la parte contraria, y (ii) que estén concebidas en el marco de un plan cuyo fin sea suprimir la competencia”¹⁸⁴.

En primer término, así como sucede con la “Noerr-Penningtonimmunity”, la Comisión dio por establecida la inmunidad del derecho de accionar, de modo que por su carácter de derecho fundamental no puede ser calificado de manera simple como un ilícito de abuso del derecho.

En segundo término, reconoce que existe una intención positiva de suprimir a otro competidor y, en lo que se refiere a lo sustancial de las presentaciones judiciales, la acción no responde razonablemente al objetivo de proteger el derecho subjetivo para el cual fue otorgada la correspondiente acción. Sobre este aspecto, nos remitimos a las diferencias manifiestas entre el derecho subjetivo y la acción, cuestión que fue abordada y de las que señalábamos nuestra inclinación hacia la tajante distinción que efectuó en su momento el maestro Eduardo Couture. Cabe recordar, que sostenemos que la acción otorga a quién la detenta la capacidad de poner en movimiento al órgano jurisdiccional, por cuanto pone bajo su conocimiento un conflicto intersubjetivo de relevancia para el Derecho. De esta manera, es entendible, aquellas situaciones en que no existiendo un derecho subjetivo previa y claramente establecido sea posible recurrir ante el tribunal.

En tercer término, la judicatura se refiere a lo que mencionamos en su momento como “el plan”, en virtud del cual se busca crear un ambiente de litigiosidad e incertidumbre acerca de las reales barreras a la entrada que existen en un cierto mercado.

¹⁸⁴ BULLARD, Alfredo y FALLA, Alejandro. Op. cit., p. 53.

Frente este fallo, ITT Promedia NV recurrió al Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea, órgano que terminó rechazando la petición y confirmó lo resuelto previamente. Inclusive, al referirse al derecho de accionar que detenta cada ciudadano declaró: “En primer lugar, debe subrayarse, como lo ha hecho con acierto la Comisión, 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 (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 1986, Johnston, 222/84, Rec. p. 1651, apartados 17 y 18). Dado que la tutela judicial es un derecho fundamental y un principio general que garantiza el respeto del Derecho, únicamente en circunstancias excepcionales el ejercicio de una acción judicial podrá constituir un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado”.

Luego, finaliza pronunciándose sobre los criterios que tuvo en vista la Comisión para señalar cuando estamos ante una excepción que justifica perseguir una cierta conducta desde el punto de vista del Derecho de la competencia: “Pues bien, por una parte, la Comisión explica que, para poder determinar los casos en que tal acción judicial es abusiva, estableció dos criterios acumulativos en la decisión impugnada: es preciso, en primer lugar, que no pueda considerarse razonablemente que la acción judicial tiene por objeto hacer valer los derechos de la empresa de que se trate y que, por tanto, dicha acción sólo pueda servir para hostigar a la parte contraria y, en segundo lugar, que esté concebida en el marco de un plan que tenga como fin suprimir la competencia (en lo sucesivo, dos criterios acumulativos de la Comisión o dos criterios acumulativos)”¹⁸⁵.

Este fallo deja abierta la puerta sobre si basta con una solo acción para entorpecer la libre competencia, ya que únicamente exige que dicha acción sea parte de un plan para preda a sus rivales.

¹⁸⁵ TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA. Caso ITT Promedia NV v. Belgacom S.A., Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta ampliada), de 17 de julio de 1998.

6. JURISPRUDENCIA AUSTRALIANA

Sin perjuicio de la jurisprudencia australiana existente, la que se ha referido de similar manera a conceptos como inmunidad, abuso, intención de afectar a rivales, en esta presentación deseamos referirnos a una situación bastante peculiar y que puede ser de utilidad para casos similares en nuestro país.

Este asunto supone la hipótesis de un cierto agente en un mercado relevante determinado que posee un grado sustancial de poder en el mercado y que recurre al ejercicio de ciertas acciones. Frente a esta situación, la jurisprudencia australiana se ha preguntado sobre la existencia de una legítima razón¹⁸⁶ que permita sostener que la conducta es aceptable, de modo que el recurrir a órganos jurisdiccionales no importa tomar ventajas por la vía de su poder de mercado.

Para efectos de determinar la legitimidad de la conducta, la jurisprudencia estableció¹⁸⁷ “si una corporación posee poder de mercado lo que provoca el ejercicio de derechos, los cuáles no ejercitaría bajo condiciones de competencia, entonces el ejercicio de estos derechos es el ejercicio del poder de mercado (...) la pregunta central a realizar es: ¿ha ejercido la corporación un derecho que sería altamente improbable de ejercitar o no podría permitirse hacerlo si la corporación estaba operando en un mercado competitivo?”.

De esta manera se dibuja con cierta claridad un criterio que será amoldable al caso a caso, que dependerá de un punto de vista objetivo al respecto y que determinará si el Derecho de competencia debe proceder a sancionar la conducta. Este punto es un gran avance, ya que establece un límite definitorio de qué clase de conductas son aceptables y esperables respecto de quién recurre a la autoridad, de modo que prescindimos de juicios que hagan referencia a la moralidad o injusticia del acto.

¹⁸⁶ WELSMAN, Sandra. Op. cit., p. 8 y ss.

¹⁸⁷ Ibídem, p. 9. Traducción libre: “If a corporation has market power which causes it to exercise rights which it would not exercise under competitive conditions then the exercise of those rights is the exercise of market power [...] The central determinative question to ask is: has the corporation exercised a right that it would be highly unlikely to exercise or could not afford to exercise if the corporation was operating in a competitive market?”. Refiriéndose al caso *Dowling v Dalgety Australia Pty Ltd*(1992).

7. JURISPRUDENCIA NACIONAL

7.1 Jurisprudencia Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

La actividad jurisprudencial de competencia referida al abuso del derecho de accionar ha verificado pocos casos, siendo la de mayor importancia el contenido en la Sentencia 47/2006 entre Minera Cordillera y Sal Punta Lobos. Este fallo estableció una serie de criterios para efectos de determinar que el abuso de estas potestades puede ser constitutivo de un ilícito de competencia. Las otras resoluciones son: (1) Sentencia 80/2009, Reebok International Limited y Adidas en contra de Reebok Chile; (2) Sentencia 83/2009, Telmex Servicios Empresariales S.A. contra Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A.; y, (3) Sentencia 90/2009, FNE con Compañía Chilena de Fósforos S.A.

Cabe señalar que, en general, estos fallos han puntualizado que para estar frente a una hipótesis infraccional de la libre competencia deben concurrir los siguientes requisitos:

- 1) Abuso del derecho de acción.
- 2) Que estos actos tengan por objetivo alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio, y
- 3) Finalidad. Dolo.

Respecto del primero señalamos que nos adentraremos a las reglas establecidas en la sentencia 47/2006, ya que los fallos posteriores se han remitido a esta resolución para justificar lo que han dispuesto. En relación a la posición de dominio, reafirmamos el criterio consistente en que si la conducta no es apta para obtener dicha predominancia, estaremos ante un acto contrario a la Ley 20.169. En cuanto al dolo, en principio concordamos con este asunto, pero aún quedan temas por resolver.

A continuación, observaremos lo que ha acontecido en las sentencias citadas, haciendo hincapié en la que nos preocupa.

7.1.1 Caso Compañía Minera Cordillera S.A. con Sociedad Sal Punta Lobos S.A. (Sentencia 47/2006)¹⁸⁸

Hacia 2001, Compañía Minera Cordillera S.A. (en adelante, Cordillera) y Sociedad Punta Lobos S.A. (en adelante, SPL) eran activas competidoras en el mercado internacional de la comercialización y distribución de sal. Previamente a esa fecha esta última era proveedora de la primera, con lo que Cordillera inició los pasos para explotar sus propias minas de sal en el Salar Grande de Tarapacá, para lo cual requería de un puerto cercano habilitado para el embarque del mencionado mineral.

Dos puertos existentes habían a la fecha, desde los cuales era económicamente posible el embarque de sal. Por una parte, Puerto Patillos, que controlado por SPL, a través de su filial Compañía Minera Punta de Lobos S.A.; y, por otra, Puerto Patache, controlado por Empresa Nacional de Electricidad S.A. (en adelante, Endesa) a través de su filial Compañía Eléctrica de Tarapacá S.A. (en adelante, Celta).

No obstante lo anterior, el único puerto habilitado para el transporte de sal a granel en la Región de Tarapacá era Puerto Patillos, pues la concesión de Puerto Patache sólo permitía la operación de un muelle multipropósito para la descarga de carbón y ácido sulfúrico, principalmente. Frente a esta situación, Endesa solicitó a la Subsecretaría de Marina ampliar el objeto de Puerto Patache al embarque de sal. De esta forma, Endesa y Celta convocaron a una licitación privada para la enajenación de Puerto Patache y su respectiva concesión marítima.

En la referida licitación participaron Terminal Marítimo Minera Patache S.A. (en adelante TMMP), que era una empresa relacionada de Cordillera, y SPL. Las propuestas presentadas fueron rechazadas por los controladores de Puerto Patache.

Tras el fracaso de la licitación, se inició un proceso de negociación directa entre Cordillera, Endesa y Celta, que concluyó con la suscripción de un contrato de promesa

¹⁸⁸ Véase, TORO BOSSAY, Luis Eduardo. “El abuso de procedimientos judiciales y administrativos como conducta constitutiva de competencia desleal. La jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, exposición presentada en Conferencia Desarrollos Recientes y Nuevas Tendencias en Libre Competencia, Organizado por Centro de Regulación y Competencia Universidad de Chile-Facultad de Derecho, diciembre de 2009.

de compraventa entre TMMP, que era relacionada de Cordillera, y Endesa y Celta. Esta promesa quedó sujeta a la ampliación del objeto de la concesión, de manera que una vez verificado ello se procedería a celebrar la compraventa. Este acuerdo acaeció en noviembre de 2001.

A partir de esa fecha, SPL, que era en ese momento la única empresa que controlaba un puerto habilitado para el embarque de sal, inició una agresiva estrategia para evitar la concreción de del acuerdo señalado. La táctica empleada consistió en una serie de acciones judiciales y administrativas que fueron interpuestas, las cuáles consistieron en las siguientes:

- 1.- El 19 de abril de 2002, ante el Ministerio de Defensa Nacional - Subsecretaría de Marina, SPL solicitó se declarase la caducidad de la concesión marítima de que es titular Endesa en Puerto Patache. Fue rechazada por falta de mérito.
- 2.- El 24 de mayo de 2002, SPL solicitó a la Dirección General de Territorio Marítimo y Marina Mercante Nacional iniciar una investigación con el objeto de determinar las infracciones denunciadas en la presentación a la que nos referimos en el numeral anterior. Rechazada por estar pendiente esta última.
- 3.- El 2 de julio de 2002, SPL solicitó a la Contraloría General de la República iniciar una investigación y emitir un pronunciamiento acerca de los hechos que conllevarían la ilegalidad de la concesión marítima de que era titular Endesa en Puerto Patache. Este asunto fue rechazado, por estimarse como materia de conocimiento de los tribunales ordinarios.
- 4.- El 4 de octubre de 2002, SPL impugnó ante la Contraloría General de la República la legalidad del D.S. N° 139 que modificó la concesión marítima de que es titular Endesa en Puerto Patache, habilitándola para el embarque de sal. Rechazado por la misma razón.
- 5.- El 12 de agosto de 2002, SPL demandó al Fisco de Chile, Endesa y Celta, ante el 30° Juzgado Civil de Santiago (Rol 4061-2002), a fin de que se

declarase la nulidad absoluta de cualquier acto jurídico realizado por Endesa que tenga por objeto los inmuebles que forman su concesión marítima sobre Puerto Patache y la caducidad de la concesión marítima de Endesa. El mencionado tribunal, otorgó una medida cautelar de prohibición de celebrar actos y contratos respecto de la concesión marítima.

6.- El 10 de enero de 2003, SPL demandó a ENDESA, CELTA y TMMP ante el 8º Juzgado Civil de Santiago (Rol 129-2003), con el objeto de que se ordenare el cumplimiento forzado del contrato de la licitación a que convocó CELTA para la enajenación de Puerto Patache y declarase ineficaz el acto por medio del cual se rechazaron todas las ofertas presentadas en esa licitación.

7.- El 4 de febrero de 2003, SPL demandó al Fisco de Chile ante el 21º Juzgado Civil de Santiago (Rol 553-2003) la nulidad de derecho público del D.S. Nº 139-2002 del Ministerio de Defensa - Subsecretaría de Marina, que amplía al embarque de sal la concesión marítima de Puerto Patache.

Al mismo tiempo que se tramitaban estas peticiones, SPL solicitó a la Capitanía del Puerto Patache el otorgamiento de una nueva concesión marítima en la ubicación donde se encontraba la concesión marítima de Endesa, la cual fue rechazada por superponerse a la concesión marítima vigente en el mismo lugar.

De las presentaciones reseñadas, SPL en ninguna de ellas logró imponerse como parte vencedora. Sin embargo, con la obtención de medidas cautelares y los tiempos que conllevaba cada procedimiento, consiguió retrasar por más de tres años y medio el acceso de Cordillera al Puerto Patache.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en su sentencia 47/2006¹⁸⁹, de fecha 6 de diciembre de 2006, resolvió condenar a SPL porque “ha infringido la libre competencia mediante la imposición de barreras artificiales a la entrada de nuevos competidores con el objeto de mantener su posición de dominio en el mercado interno

¹⁸⁹ Caso Compañía Minera Cordillera S.A. con Sociedad Sal Punta Lobos S.A., Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Sociedad Punta de Lobos S.A., Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, ROL C-13-2004, de 6 de diciembre de 2006 (Sentencia 47/2006).

de la sal”¹⁹⁰ y le condenó al pago de una multa a beneficio fiscal consistente en el monto de 6000 UTM.

El Tribunal consideró que las diferentes acciones representaban un abuso del derecho de accionar, en razón de cuatro reglas que elaboró para dar solución al conflicto. Estas reglas son: 1) fin inequívoco; 2) inavocabilidad; 3) utilidad; y, 4) de la contradicción. A continuación las examinaremos:

- 1) Regla del fin inequívoco: el Tribunal de la Competencia expresó en el considerando octogésimo sexto “Que, por lo tanto, las acciones y peticiones en principio legítimas, pueden ser constitutivas de infracciones que a este Tribunal le corresponda inhibir y sancionar, cuando tengan por inequívoca finalidad impedir, restringir o entorpecer la libre competencia”.
- 2) Regla de la utilidad: en el considerando octogésimo octavo la sentencia expresa “Que en las impugnaciones .tanto administrativas como judiciales del D.S. Nº 139-2002, resulta imposible advertir alguna utilidad para SPL, en caso de resultar vencedora en ellas. distinta de impedir la entrada de competidores al mercado nacional de la sal, conservando artificial e ilegítimamente su posición dominante en él”.
- 3) Regla de la inavocabilidad: Respecto a esto, el considerando octogésimo séptimo señala “(...) En el marco de esas acciones, respecto de cuyo mérito individual no corresponde pronunciarse a este Tribunal”.
- 4) Regla de la contradicción: El tribunal estimó en el considerando octogésimo noveno “Que la pretensión de que se declare que Puerto Patache no es apto para embarcar sal, es objetivamente discordante con el interés invocado por SPL en sus defensas de adquirir ese puerto precisamente para el embarque de su sal, tal y como lo reconoció expresamente”. Asimismo, en el considerando nonagésimo señaló “Que, adicionalmente, en el conjunto de acciones interpuestas, SPL mantuvo simultáneamente intereses contradictorios ante distintos tribunales, evidenciando con ello su real

¹⁹⁰ Primer resuelto en cuanto al fondo.

objetivo de emplear los respectivos procedimientos como una herramienta anticompetitiva. Así, si bien la segunda de sus acciones judiciales estaba destinada a adquirir Puerto Patache y las concesiones marítimas asociadas a él, las otras dos parecen contradictorias respecto de ese interés”.

Inclusive, en el considerando nonagésimo el tribunal expone acerca de las consecuencias contradictorias de los intereses hechos valer por medio de las diferentes acciones. En el caso de las acciones de caducidad no podría haber obtenido la concesión marítima que en virtud de otra petición efectuaba, o, en el mejor de los casos, habría obtenido acceso al puerto, pero no a la infraestructura. Asimismo, en el caso de las peticiones de nulidad, la consecuencia lógica que tampoco podría haber obtenido para sí la concesión marítima, por cuanto aquella sanción de eficacia también le habría afectado a SPL.

En razón de estas reglas, el Tribunal determinó que estas acciones poseían como fin inequívoco el constituir una práctica contraria a la competencia, las cuáles poseían como única utilidad el bloquear la entrada de nuevos rivales, ya que de no ser así sería imposible entender la lógica empleada por SPL para ejecutar las referidas acciones contradictorias.

7.1.2 Caso Reebok Chile S.A. con Reebok International Limited y Adidas Chile Ltda. (Sentencia 80/2009)¹⁹¹

Reebok Chile S.A. distribuidora oficial de productos marca Reebok, denunció a su ex controladora Reebok International Limited y Adidas Chile Ltda. (éstas últimas bajo una misma mano reunidas) por ejecutar una serie de actos contrarios a la libre competencia y que tenían por finalidad el excluirla de la distribución.

Reebok International fue adquirida por Grupo Adidas, con lo que sus actividades comenzaron a desarrollarse en forma conjunta. A partir de ese momento, se suscita

¹⁹¹ Caso Reebok Chile S.A. contra Reebok International Limited y Adidas Chile Ltda., Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, C-97-2006, de 8 de enero de 2009 (Sentencia 80/2009).

una serie de desencuentros para llevar un acuerdo satisfactorio y que Reebok Chile pudiera seguir distribuyendo los productos en el plano nacional. Esta última acusa sobre prácticas que buscan asfixiarla comercialmente y sacarla del mercado.

Pero lo trascendente sobre este asunto es que Reebok Chile entabló una demanda contra Reebok International y Adidas, buscando la prohibición de comercializar los productos en disputa por parte de esta última empresa. Esta acción se inició conjuntamente con la petición de una medida cautelar, la que no fue acogida por el tribunal civil. Asimismo, solicitó una medida prejudicial probatoria de exhibición de documentos y presentó una denuncia ante la Fiscalía Nacional Económica. Estos asuntos fueron analizados por el Tribunal, ya que los denunciados demandaron reconvencionalmente por infracciones a la competencia, en razón de la interposición de acciones carentes de fundamento y que tenían por finalidad el impedir la comercialización de la marca Reebok por parte de Adidas.

Cabe señalar que el Tribunal pone de manifiesto la falta de idoneidad de estos hechos entorpecer la libre competencia, siendo la única vía posible la solicitud de una medida cautelar, pero que como apuntábamos no fue acogida por el juzgador civil.

Por último, el órgano jurisdiccional estimó que estas acciones judiciales no pueden estimarse como competencia desleal y que afecta la competencia, por cuanto es necesario que la conducta sea “manifiestamente abusiva”¹⁹².

7.1.3 Caso Empresa Telmex Servicios Empresariales S.A. con Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. (Sentencia 83/2009)¹⁹³

A propósito del procedimiento de adjudicación de una Concesión nacional de Servicio Público Telefónico Local Inalámbrico en la Banda 3400-3600 MHz para la

¹⁹² Considerando sexagésimo primero. Véase, también, el artículo 4° de la Ley que Regula la Competencia Desleal (Ley 20.169).

¹⁹³ Caso Empresa Telmex Servicios Empresariales S.A. con Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A., Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol C-155-2008, de 30 de enero de 2009 (Sentencia 83/2009).

operación de la tecnología denominada WiMax, tanto Empresa Telmex Servicios Empresariales S.A. (En adelante, Telmex) como Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. (En adelante, CTC) participaron con fines de adjudicarse la concesión para sí. La vencedora fue Telmex quién obtuvo 98,103 puntos, en circunstancias de que CTC obtuvo 98,327 puntos. La SUBTEL¹⁹⁴ resolvió de esta manera señalando que la adjudicataria poseía un derecho preferente para resultar vencedor¹⁹⁵. Por lo demás, el regulador sectorial en caso alguno dio claridad sobre esta particular situación.

En razón de lo anterior, CTC impugnó este acto administrativo por la vía del Recurso Especial de Reclamación, el cual no fue auspicioso para la articulista, y, con posterioridad, vía Recurso de Apelación¹⁹⁶ que es de conocimiento de la Corte de Apelaciones. Sin embargo, CTC al interponer este último recurso lo realizó por vía subsidiaria, planteando por vía principal el recurso de casación en la forma. Cabe considerar que la Ley General de Telecomunicaciones¹⁹⁷ sólo admite los dos recursos previamente expuestos.

Frente a la especial interposición de la casación, el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones demoró por cerca de dos meses en rechazarlo y conceder el de apelación.

Del rechazo del recurso de casación en la forma y en subsidio apelación, CTC interpuso respecto de la resolución que rechazó la primera un recurso de reposición con apelación en subsidio. Como es lógico, esto demoró la remisión de la primitiva apelación a la Corte de Apelaciones.

¹⁹⁴ Subsecretaría de Telecomunicaciones de Chile. Es un organismo dependiente del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

¹⁹⁵ Resolución Exenta N° 1.548 de fecha 12 de diciembre de 2005, Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones.

¹⁹⁶ Ponemos de manifiesto sobre la incorrecta denominación, por cuanto estamos más bien frente a un recurso contencioso-administrativo especial.

¹⁹⁷ Ley n° 18.168, Ley General de Telecomunicaciones, Octubre 1982, Incluye modificaciones de Ley N° 19.277 de 20 de Enero de 1994, Ley N° 19.302 de 10 de Marzo de 1994, Ley N° 19.605 de 26 de Enero de 1999, Ley N° 19.724, Ley 20196, de 2007.

Esta última interposición fue rechazada y finalmente se remitieron los antecedentes, pero que tuvieron que ser devueltos al Ministerio por haberse presentado un nuevo recurso de reposición, para que fuera resuelto. Este asunto fue rechazado y, con posterioridad, sería interpuesto un Recurso de Hecho en contra de la resolución administrativa que acogió a tramitación las apelaciones.

Asimismo, tanto respecto del recurso de apelación que corresponde al reclamo contencioso-administrativo especial como del recurso de hecho, se objetó por parte de CTC la representación del Consejo de Defensa del Estado a la Subtel.

Por último, CTC terminó solicitando la acumulación de autos referentes a estos últimos recursos en tramitación, lo cual fue desechado en su oportunidad, y se entabló acción de nulidad de derecho en contra del acto administrativo de adjudicación de la concesión (del cual desistiría, con acuerdo del Consejo de Defensa del Estado, por no acogerse la solicitud de tramitación vía procedimiento sumario).

Ciertamente observamos similitudes con el caso de Puerto Patache, en que concierne a la multiplicidad de acciones o recursos verificados en esta causa, e incluso plantea cuestiones referentes al abuso de procedimiento, el cuál estimamos no fue correctamente abordado por el Tribunal de la Competencia, pero al que nos referiremos en capítulo posterior.

El tribunal, en este caso, procedió a analizar las acciones desde una perspectiva particular, no de conjunto (al señalar que el conflicto versaba sobre las acciones de reclamación contenciosa administrativa y la de nulidad de derecho público)¹⁹⁸, recurriendo a la Regla del fin inequívoco¹⁹⁹ para argumentar sobre falta de aptitud de la conducta realizada por CTC para estimarse como transgresora la competencia. Al carecer de antecedentes suficientes para asentar la existencia de la finalidad inequívoca (a fin de establecer barreras de entrada y no ser contradictorias) procedió a rechazar la denuncia presentada por Telmex.

¹⁹⁸ Considerando duodécimo.

¹⁹⁹ Considerando décimo tercero.

Frente a la sentencia esta empresa interpuso Recurso de Reclamación, el cual fue rechazado por la Corte Suprema reproduciendo los argumentos de la sentencia impugnada.

7.1.4. Caso Fiscalía Nacional Económica con Compañía Chilena de Fósforos S.A. (Sentencia 90/2009)²⁰⁰

Compañía Chilena de Fósforos S.A. (en adelante CCF) es la empresa dominante en el mercado de los fósforos y fue objeto de un requerimiento por parte de la FNE, ya que se le imputaban una serie de conductas que entrababan el libre acceso al mercado. Entre estas prácticas se le atribuía la celebración de contratos de exclusividad con distribuidores en desmedro de competidores, incentivos para aumentar la comercialización de sus productos, ejercer presiones contra proveedores de materias primas utilizadas para la fabricación de fósforos y ejercer acciones administrativas y judiciales con la finalidad de entorpecer el libre devenir del mercado. El competidor víctima en estos autos era CánadaChemicals S.A. (en adelante, Chemicals).

Sin entrar a ahondar respecto de aquellas conductas que no son de nuestra preocupación, es procedente esclarecer las acciones que habría interpuesto CCF y que fueron objeto de la resolución del Tribunal.

La acción judicial entablada consistió en una petición de sanción de nulidad a la marca mixta “Puerto Varas” que estaba registrada por Chemicals, que se refería exclusivamente al logo de aquella, a la sazón, de ser similar al utilizado por CCF (diseño que alude a la Cordillera de Los Andes). Esta demanda fue desechada.

La segunda acción se verificó respecto a la inscripción del dominio <http://www.fosforospv.cl>, donde los solicitantes Lucas Enterprises Limitada y CCF habrían disputado aquella. El principal argumento esgrimido por esta última empresa se basó en el hecho de poseer <http://www.fosforos.cl>, de modo que el dominio anterior

²⁰⁰ Caso Fiscalía Nacional Económica con Compañía Chilena de Fósforos S.A., Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, C-105-2008, de 14 de diciembre de 2009 (Sentencia 90/2009).

significaba agregar dos letras y podría presentarse como una situación fáctica que indujese a la confusión.

El Tribunal, respecto a estas circunstancias señaló en el considerando septuagésimo octavo “Que, a juicio de este Tribunal, una vez analizados los antecedentes allegados al proceso conforme a las reglas de la sana crítica, no puede concluirse que las acciones intentadas por CCF hayan tenido por finalidad inequívoca impedir, restringir o entorpecer la entrada de Canadá Chemicals al mercado. Por el contrario, existen antecedentes suficientes para suponer que, al interponer estas acciones, CCF buscaba proteger sus derechos sobre marcas y nombres de dominio de su propiedad”.

De esta manera, el juzgador vuelve a recurrir a nuestra conocida y ya establecida regla del fin inequívoco, y agrega que en estos hechos existen antecedentes que dan a entender que se ha buscado proteger intereses legítimos consistentes en el derecho de propiedad. De esta manera, entendemos que implícitamente en una acción pueden envolverse más de un interés. Este asunto será analizado en su momento.

7.2 Consideraciones y críticas sobre el razonamiento imperante en el TDLC

7.2.1 Razonamientos del TDLC

El Tribunal de la Competencia cuando ha resuelto sobre acciones judiciales o administrativas que afectan la libre competencia, ha abordado este asunto desde dos ópticas:

- 1) A partir de los requisitos generales (acción abusiva; tengan por objetivo alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio; finalidad o dolo) de esta conducta, determinar si se configura o no el ilícito anticompetitivo. Esto se ha observado principalmente al tratar el asunto como “competencia desleal” y que se puede ver con claridad en la Sentencia 80/2009, al señalar que no se

verificaba necesariamente una conducta manifiestamente abusiva²⁰¹ por parte del Reebok Chile.

2) Aplicar las reglas contenidas en la Sentencia 47/2006 de utilidad, contradicción, fin inequívoco e inavocabilidad. Sin embargo, con posterioridad a aquel fallo, el tribunal se ha remitido exclusivamente a la finalidad, otorgándole una importancia gravitante en sus resoluciones (Sentencias 83/2009 y 90/2009). De hecho, podemos afirmar que este es actualmente el parámetro que los operadores del Derecho deben observar al momento de demandar.

Sin embargo, el Tribunal se refiere a esta idea del fin inequívoco, pero no establece criterios que determinen lo que entiende por tal, o qué nivel o calidad de pruebas se requieren para dar por asentado que un determinado agente ha actuado en virtud de ese único fin. Desconocemos las máximas de la experiencia y del conocimiento científico que justificaría el dar por establecido o descartar cierto hecho (recordar que bajo el DL 211 la prueba se ha de apreciar conforme a las reglas de la sana crítica²⁰²).

Con todo, ante la pregunta sobre qué debemos entender al hablar de “inequívoco”, deberemos recurrir nuevamente al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. A partir de este libro, observamos que define aquello como lo “que no admite duda o equivocación”²⁰³.

Por lo tanto, el nivel de certeza que se ha autoimpuesto el juzgador de competencia es sin duda exigente en cuanto a la calidad de la prueba rendida en juicio y de las conclusiones que se pueden extraer de esta al momento de su valoración. Estimamos que las reglas de la contradicción y de la utilidad pueden ser herramientas beneficiosas para el logro de la convicción procesal que justificará la sentencia, pero ponemos sobre relieve que con posterioridad a la sentencia 47/2006 no es posible inferir que estas hayan influido de modo gravitante e, incluso, que hayan sido a lo menos estimadas en

²⁰¹ Sentencia 80/2009, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Considerando sexagésimo primero.

²⁰² Artículo 22, inciso final.

²⁰³ Diccionario RAE, en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=inequ%EDvoco (última revisión, 18.05.2010).

caso concreto alguno. Por último, señalar que ni siquiera en materia de competencia desleal la Ley 20.169 ha establecido un estándar probatorio de tan alto nivel.

7.2.2 Riesgos verificados en el planteamiento del TDLC

El primer riesgo que se asocia al actual entendimiento del Tribunal es la gravitante importancia que le asigna a la regla del fin inequívoco, por cuanto, ha ido dejando de lado las restantes reglas que esbozó en la sentencia 47/2006. Cabe una gran duda sobre si le interesan las restantes (inavocabilidad, utilidad y contradicción) o cuáles serían los motivos para restarles importancia.

Junto con ello, pareciera que existen otros elementos que convendría considerar a la hora de dar solución al conflicto puesto en su conocimiento. Imaginemos el caso en que la táctica dispuesta consiste en el despliegue de una serie de acciones (un “plan”), las que no siendo contradictorias entre sí (o algunas siendo útiles y otras inútiles), han generado retrasos en el ingreso de nuevos competidores o han impuesto importantes costos al rival que no se ha dejado amilanar, y sucede que concretamente todas ellas han sido rechazadas por los tribunales correspondientes.

Ciertamente el Tribunal de la Competencia ha señalado que en caso alguno ha de entrar a pronunciarse sobre el mérito individual de las acciones, recursos o peticiones, todo esto bajo la idea de no reabrir procesos ya fenecidos, pero la prudencia nos llama a atender sobre cuáles han sido finalmente el resultado de estas acciones. Si ha ganado alguna carrera, por lo menos.

El segundo riesgo sobre el que ponemos el acento, es la noción restrictiva de la regla de la utilidad. Sin perjuicio de que no fue utilizada en sentencia posterior a la 47/2006, estimamos que no basta con atender a si fueron útiles las acciones para impedir la competencia. Al referirse sobre asuntos que tratan del abuso del derecho de acción y petición, es fundamental que el tribunal verifique si aquellas potestades fueron puestas en movimiento en razón del fin o función en virtud del cuál aquellas fueron otorgadas a las personas.

Además, sería apropiado el analizar la utilidad anticompetitiva que ha reportado el conjunto de acciones o peticiones, lo que se vincula al tercer riesgo y que se refiere a que el Tribunal ha simpatizado con el análisis particular de las acciones, en razón de la aplicación del fin inequívoco que cada una de ellas envolvería. Cabe tener presente el despliegue de una pluralidad de acciones, las cuáles en particular buscan un fin lícito, que son parte de un plan mayor para efectos de obstaculizar la libre competencia (por vía administrativa, vía recursos que establecen legislaciones sectoriales o peticiones a contraloría; vía civil, vía juicios de nulidad de derecho público, propiedad intelectual, entre otros).

Ya Alfredo Bullard y Alejandro Falla²⁰⁴ se refieren de manera irónica al “abogado del diablo”, poniendo de manifiesto de modo acertado su osadía, quién aprovechando la aparente inexpugnabilidad del derecho de accionar o del de petición procede a recurrir a diversos tribunales, con diversas presentaciones que buscan asfixiar el desarrollo de la competencia. Inclusive, plantean hipótesis respecto a la interposición vía intermediación de terceras personas o grupos curiosamente financiados por cierta sociedad²⁰⁵.

Por lo demás, al analizar la sentencia 83/2009 podemos observar que CTC interpuso recursos tras recursos, muchos de ellos incompatibles con el procedimiento administrativo, pero que el Tribunal desestimó por no descubrir el fin inequívoco. Esto es por lo demás curioso, si consideramos que la legislación sectorial de telecomunicaciones no contempla herramientas como aquellas para impugnar un acto de la autoridad administrativa, de manera que aquella empresa lo que buscaba era dar aplicación a normas procedimentales civiles judiciales a un asunto que escapa de aquella esfera.

²⁰⁴ BULLARD, Alfredo y FALLA, Alejandro. “El abogado del diablo: el abuso de procesos legales o gubernamentales como práctica anticompetitiva”, Boletín Latinoamericano de Competencia° 21, disponible EN: http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_21_2.pdf, 2006.

²⁰⁵ Hipotéticamente, pensemos en alguna agrupación ecologista contraria a determinada tecnología de generación eléctrica y que reciben difusos aportes por parte de empresas que señalan preferir otro tipo de técnicas.

Si recordamos nuestro planteamiento consistente con que el proceso tiene por finalidad la de resolver un conflicto intersubjetivo de intereses de relevancia jurídica, podemos inferir que esta no es la manera adecuada. Por lo demás, la interposición de estos recursos significa una demora o molestia a la actividad de un rival que se adjudicó una concesión. Más allá de que sea cuestionable la argumentación de la Subtel al otorgarla, esto no justifica el alterar el curso normal del procedimiento. Incluso, podríamos estar frente a un caso de abuso, ahora, del procedimiento y que puede generar alteraciones a la libre competencia.

El cuarto riesgo observado se refiere a la elevada autoexigencia para dar por acreditado un fin inequívoco, lo cual (tratado en el acápite anterior) nos lleva a preguntarnos sobre la calidad de la prueba rendida en juicio que permitirá dar por establecida aquella finalidad. El Tribunal de la Competencia no señala factores o elementos que sirvan como guía para dar por establecida la transgresión de las normas de competencia, respecto de una finalidad de la que no puede caber duda o equivocación.

Asimismo, si observamos la única legislación vinculada a este tema, podemos apreciar que la ley 20169 sobre competencia desleal se refiere al “ejercicio manifiestamente abusivo de acciones”, con lo que habría un margen mucho más laxo a la hora de determinar transgresiones a la legislación pro leal comercio.

Por otra parte, esta calidad inequívoca nos plantea la pregunta sobre qué resolver en un caso de acciones o peticiones que conllevan un fin lícito y otro ilícito simultáneamente. Algo apuntamos cuando nos referíamos al plan de peticiones paralelas, pero acá nos referimos al caso en que una singular solicitud conlleve ambos fines. El Tribunal de Competencia sostendría que no existiría un fin inequívoco puro, con lo que la conducta sería lícita.

Cabe recalcar que un fin lícito puede encubrir perfectamente la demora de un competidor.

Como quinto y último riesgo que apreciamos, es una suerte de consecuencia de los problemas que plantea la tesis del Tribunal. Esta consiste en la duda sobre si es

posible estimar que una mera acción, que ha sido la única desplegada (administrativa o judicial) por cierto rival en un determinado mercado relevante, es posible que pueda generar efectos contrarios a la competencia. Dada la circunstancia que el Tribunal desea que se acredite una finalidad inequívoca, ello se torna de sumo complejo al carecer a antecedentes a acumular como sucede en el caso de pluralidad de acciones.

Por lo demás, la facilidad de ocultar intereses ilícitos en la utilización de una única acción redundaría en que la apariencia de licitud pueda llevar al tribunal a dar por asentado que la conducta es conforme a Derecho.

En capítulo posterior nos referiremos a cada una de las hipótesis previsibles como forma de abuso que altera la competencia y que, por tanto, justifica una persecución. Desde ya, ponemos el acento sobre un caso consistente en el recurrir a medios innecesarios lo que conllevaría un abuso procesal y que podría plantear hipótesis como la que apuntamos en materia de libre competencia.

7.2.3 Propuesta de nuevas reglas para la adecuada resolución del TDLC

Es patente el hecho consistente en que la sentencia 47/2006 entregó reglas conforme a las cuáles estimaría el modo a resolver el asunto objeto de contienda en aquella resolución. En sentencias posteriores observamos cómo evolucionó el análisis jurisprudencial y la aplicación de las mencionadas reglas. A la luz de este cuadro, hemos señalado una serie de riesgos que conlleva la actual argumentación de la judicatura en lo referente al abuso del derecho de accionar y del de petición que afectan la libre competencia.

Es por este motivo, que nos atrevemos a proponer nuevas reglas o criterios que podrían ayudar al TDLC al momento de conocer asuntos como los objeto de nuestro estudio. Por lo demás, estimamos que las siguientes pautas pueden aportar argumentos plausibles para resolver en uno u otro sentido en el caso concreto, pero es fundamental entender que este tema debe quedar abierto en la labor jurisprudencial, por cuanto la figuras de abuso pueden conllevar aspectos de sumo curiosos y particulares, con lo que queda bajo el deber del Tribunal el estimar como ellas atentan

contra la libre competencia y el modo en que esta han de ser contrarrestadas con su pronunciamiento. Por último, cabe señalar que es fundamental para una labor de mayor depuración de aquel órgano jurisdiccional, el entender que las diferentes reglas que se enuncien, tanto en este trabajo como las que aportó o aportare el Tribunal en el futuro, han de ser ponderadas en cada caso de abuso que sea conocido, no entregando a priori un valor prioritario a la regla del fin inequívoco.

A continuación identificamos las siguientes reglas que pueden entregar mayores luces sobre la persecución de este ilícito de competencia:

1) Regla de la simultaneidad: Un hecho característico de la sentencia 47/2006 era la profusa interposición de acciones, tanto en sede de justicia civil ordinaria como administrativa, y que en cada una de ellas fueron desechados los argumentos esgrimidos por Sal Punta Lobos. Ciertamente en este caso se verificaban una serie de contradicciones entre las diferentes solicitudes, que incluso podrían haber llevado a fallos que no era factible de cumplir (como cuando en uno solicitaba la nulidad de una cierta concesión, pero en otra sede pedía que esa misma concesión le fuere adjudicada), pero lo que buscamos con esta regla es poner de manifiesto la anormalidad de la prodigalidad de procesos que no siendo contradictorios entre ellos, sí representan un germen de abuso que nos sostiene dentro de un determinado mercado relevante. Este es un caso que se ha sido mayormente observado en la jurisprudencia de Estados Unidos, que analizamos anteriormente.

Lo trascendente de esta regla es entender que muchas de esas acciones responden probablemente a intereses legítimos sancionados por el Derecho y que merecen ser discutidos en juicio, pero que son parte de un plan. Imaginemos acciones de petición de nulidad de derecho público, más recursos de protección, más juicios de propiedad intelectual, entre otros. La víctima de esta conducta es atacada desde diferentes flancos. Es la idea del plan, al que hicimos referencia en acápite anterior.

No cabe duda que esta regla se ha de complementar con la regla de la utilidad de la sentencia 47/2006, en el caso que las diferentes apuestas procesales de un cierto agente no hubiesen llegado a buen puerto.

2) Regla del medio menos oneroso: Cuando tratábamos sobre el abuso procesal nos referimos de manera clara sobre cuando entendíamos que acaecía sobre este ilícito, mas no dedicamos nuestra labor a señalar cada una de las especiales formas o figuras en que se verifica esa clase de conducta. Por lo demás, al ser el abuso procesal uno de los aspectos que se ha de estimar como verificado para efectos del presente estudio, cada particularidad será expuesta en capítulo especial. Por ahora, hemos de contentarnos con aquella conducta que implica “el empleo de las estructuras procesales para la satisfacción intereses lícitos, pero innecesarios o por un procedimiento que pudo evitarse por otro más simple, o menos oneroso”²⁰⁶.

Ivana María Airasca apunta acertadamente que las partes han de colaborar tanto entre ellas como para con el órgano jurisdiccional en la búsqueda de la verdad y de la solución pacífica e idónea para el caso concreto, y en caso que ello no acaezca estaremos frente a un atentado contra el imperativo de la buena fe. Pues bien, la búsqueda de tutela efectiva y satisfacción de la pretensión alegada en juicio no puede justificar el optar por la vía que signifique mayores costos para la contraparte y el tribunal mismo. Ello atentaría contra el principio de economía procesal y el ejercicio de la función jurisdiccional.

Lo que tratamos de plantear, es que estamos ante una figura especialísima contraria al debido proceso, donde alegando la protección de un interés lícito se opta por una vía que enlodada no sólo la pronta resolución del conflicto, sino que, también, genera consecuencias adversas para el desarrollo de la libre competencia.

²⁰⁶ AIRASCA, Ivana María. “Abuso Procesal”, EN: PEYRANO y RAMBALDO, op. cit., pp. 103-104.

No cabe duda que esta regla plantea similitudes con otra que esbozaremos más adelante, pero buscamos dejamos dejar en claro que esto se refiere a la perjudicial decisión de optar por un inidóneo mecanismo o procedimiento.

3) Regla de la dilación innecesaria del procedimiento: En su momento nos referimos al abuso del procedimiento, en virtud del cual los operadores del derecho abrían más de una ventana para provocar el retraso en el pronunciamiento final del juez. Asimismo, nos referimos a los casos de condenas en costas por incidentes dilatorios que contempla nuestra legislación nacional. En cuanto a una pauta al resolver en sede de competencia, cabe preguntarse si la demora de la acción o acciones objeto del juicio palidecieron o no de la grave demora que significa la temeraria actividad de hacer surgir incidentes.

El punto es observar la conducta de quién sostuvo el procedimiento y sus escaramuzas extraordinarias, con el fin de determinar si su actuar fue leal para con la contraparte y la finalidad propia del proceso incoado. Si la tramitación de este último conllevó innecesarias dilaciones, con específicas condenaciones en costas por la reiterada temeridad, debe llevar necesariamente a la conclusión de que estamos frente a un abuso. Si esto produjo efectos en la competencia, deberemos observar conjuntamente la demora en el ingreso de nuevos competidores o los costos que tuvo que soportar un cierto agente (ya que el objetivo es aumentar los costos de producción, redundando en definitiva en la exclusión de un competidor, ya que no estará en condiciones de ofrecer un producto atractivo en el mercado).

Esta regla permite abarcar aquellos asuntos en que un determinado agente no sólo interpuso una o más acciones, sino que, también, procedió a presentar diferentes recursos en contra de diversas resoluciones pronunciadas a lo largo del juicio. Incluso, echando mano a recursos procesales no contemplados para el procedimiento que se tramita, como lo acontecido en la sentencia 83/2009, en donde CTC buscando impugnar un acto administrativo ante la misma

autoridad que dio origen a aquel, entabló una serie de recursos propios de los procedimientos civiles.

4) Regla del interés lícito/ilícito: Algo hemos esbozado previamente sobre este punto, de manera que es posible entender aquellos casos en que un determinado agente busca tutela jurisdiccional de una determinada pretensión, que en sí es lícita, pero que a la vez conlleva un interés ilícito para afectar a sus competidores. Bajo la regla del fin inequívoco de la sentencia 47/2006, ante un situación como esta el Tribunal debería plantear el rechazo de toda denuncia o requerimiento que persiga contrarrestar los efectos de aquella conducta, por cuanto la existencia de un fin lícito conllevaría a legitimar el ejercicio del derecho de accionar (o del de peticionar, según fuere el caso).

Respecto a esta situación, el tribunal puede tener en consideración la cuestión lícita del asunto, en cuanto a eventuales multas que resolviera aplicar conforme al DL 211, inclusive si optare por no aplicarlas. Pero en caso alguno estimamos que esta situación justifica que el tribunal no emita un pronunciamiento en el sentido de advertir que esta situación es anómala, genera consecuencias indeseables para la libre competencia y que significa un actuar contrario a la buena fe. La legislación de libre competencia no significa necesariamente la imposición de multar para fines de corregir distorsiones en los mercados.

5) Regla de la única acción: Como corolario de las reglas anteriores, sostenemos que es plausible la hipótesis de que una única acción o petición puede significar una transgresión de las disposiciones de competencia. Hasta ahora, los casos observados en materia de libre competencia se han basado principalmente en hipótesis en que un determinado agente ha ejercido más de una acción o respecto de un mismo juicio ha dado origen a un serie de recursos procesales en contra de ciertas resoluciones, siendo algunas de ellas incompatibles con el procedimiento particular que se tramita.

El Tribunal de la Competencia hasta ahora no ha señalado claramente si esta hipótesis singular es posible de perseguir en virtud de las normas del DL 211.

Pareciera que algo hay implícito en la argumentación de la Sentencia 80/2009, pero no nos es posible dar por establecida esta regla. Lo fundamental que buscamos dejar en claro, es que en virtud de una única acción es perfectamente posible el intentar excluir a un determinado agente de un cierto mercado relevante o establecer artificiales barreras de entrada a nuevos competidores.

Planteamos en su momento acerca de la importancia de distinguir respecto a dos esferas que envuelve el ilícito del abuso del derecho: el primero se refiere a este como desviación de función o fin en virtud del que se ha otorgado y de las medidas que respecto a ello debe tomar el juzgador, y en una segunda perspectiva las consecuencias personales patrimoniales que significan estas. Esto puede ser tanto desde el punto de vista de la responsabilidad civil extracontractual como en las aguas de la competencia y sus multas, en las que en este momento nos encontramos navegando. De esta forma, sostenemos nuestra divergencia respecto del modo de razonar del TDLC, quién hasta ahora ha sido el único que ha tratado con cierta sistematización el asunto, y plantearemos en su momento una vía adecuada para asegurar el imperio de la normativa de competencia.

8. DE LA CONCURRENCIA DE DOLO ESPECIAL PARA CONFIGURACIÓN DEL ILÍCITO DE PREDACIÓN Y LA POSIBILIDAD DE LA PRESCINDENCIA

Como hemos observado del análisis de la jurisprudencia nacional, reiterativamente la judicatura se ha inclinado por sustentar sus fallos de condena o absolución en el elemento del “fin inequívoco”, lo que lógicamente nos lleva a concluir que la búsqueda de una intención positiva (dolo) en provocar efectos anticompetitivos es de vital relevancia a la hora de establecer que un hecho es contrario a derecho y justifica alguna de las medidas que contempla el DL 211.

Por lo demás, hemos señalado que a la luz del art. 3° inciso segundo literal c) es correcta la aseveración de que esta clase de ilícitos requieren para su persecución la concurrencia de la finalidad de un objetivo ilegítimo, pero la problemática en que

pretendemos centrarnos es preguntarnos respecto de aquellos hechos que no siendo dolosos importan un atentado al libre devenir de la competencia, siendo estos casos culposos o en los que no es posible acreditar culpabilidad alguna y quedan en un principio fuera del espectro de aplicación de la ley, en virtud del precedente judicial que impera.

Al tratar sobre el abuso del derecho, planteamos nuestra postura respecto de distinguir por una parte el hecho ilícito abusivo y, por otro lado, la responsabilidad personal de la que es objeto el agente que genera aquel hecho. De esta manera, nuestra tarea en esta parte del trabajo es sostener que verificado el ilícito consistente en la desviación del fin o función para el que fue otorgado el derecho de accionar o pedir y que generan efectos anticompetitivos, exige de parte de los órganos de competencia poner en marcha los mecanismos que la ley establece para corregir estas alteraciones.

En caso alguno esto significa sostener que procede necesariamente la aplicación de la multa prescrita en el artículo 26 letra c) del DL 211, por cuanto para proceder esta medida debe ser calcula por el Tribunal de acuerdo a la apreciación de la prueba que se realice, lo que indudablemente será positivo en el caso de que la conducta sea dolosa, en razón de que esta sanción conlleva un juicio de disvalor de resultado de la acción. En consecuencia, las hipótesis culposas y aquellas en que no es posible juicio de reproche personal, también deberán valorarse las medidas de reparación en razón del caso concreto, siendo apropiada la adopción de medidas preventivas, correctivas o prohibitivas, tal como lo prescribe el artículo 3° inciso primero parte final.

De este modo, bajo estas circunstancias es perfectamente posible que el tribunal declare en la sentencia definitiva que esta conducta atenta contra la libre competencia, recomendando al agente activo del hecho ilícito evitar toda conducta similar en el futuro, por cuanto en ese caso podría representar una manifestación dolosa, ya que lo lógico sería adoptar las medidas necesarias para evitar nuevos juicios innecesarios desde la perspectiva de su idoneidad para asegurar el imperio del Derecho.

Inclusive, bajo la hipótesis culposa creemos posible sostener que proceden sanciones de mayor entidad, como el caso de la multa, en razón de que no es aceptable tolerar el incoar negligentemente determinados juicios, ya que ello significa un estipendio de recursos y una alteración de cierto mercado. Un hombre medio debería demandar cuando ha entendido que su pretensión lleva envuelto un conflicto intersubjetivo de intereses relevante para el Derecho, de manera que el no velar adecuadamente por aquel estándar de cuidado, justifica represión. Dada la redacción del artículo 26, la multa deberá estimarse conforme al mérito de la desidia, que en caso alguno puede superar una situación dolosa.

Deseamos puntualizar que nuestra intención en caso alguno es el establecimiento fáctico de limitantes al ejercicio del derecho de accionar, asunto que quedó delineado al señalar que el acceso ante el tribunal no se encuentra bloqueado, ya que igualmente se requiere de un pronunciamiento por parte del juzgador para declarar que estamos ante un ilícito de abuso del derecho.

CAPITULO IV. ANALISIS DETALLADO DE INFRACCIONES

Durante el transcurso de los capítulos previos hemos analizado en términos generales la figura de nuestro interés, con lo que en este capítulo presentaremos ciertas manifestaciones de dicha conducta. Primero trataremos sobre su estructura, luego señalando cuándo deben operar los mecanismos correctores, y terminaremos explorando las diferentes hipótesis que han sido observadas y las que estimamos verificables o, al menos, de cuidado.

1. ESTRUCTURA DEL ABUSO DE ACCIONAR Y PETICIÓN COMO ILÍCITO DE COMPETENCIA

Al adscribir abiertamente a teorías objetivas sobre el abuso del derecho, determinamos con claridad dos consecuencias al concurrir un ilícito como este. El primero, dice relación con entender que la conducta es per se contraria a Derecho, de modo que pone al juzgador en la necesidad de intervenir y declarar que esto es improcedente, adoptando las medidas que fueren necesarias para el restablecimiento del Derecho. En segundo lugar, procederá analizar la responsabilidad concurrente respecto de quién ha incurrido en el abuso, siendo habitualmente una de las partes en conflicto, pero es un asunto posterior y que eventualmente podrá estimarse como existente, ya que lo fundamental es que el tribunal señale al menos que se han desviado los fines a los que debe responder el derecho abusado en su ejercicio.

Comprendido lo anterior, debemos ver qué acontece en sede de libre competencia. Esto ya fue desarrollado en el capítulo anterior, con lo que a modo de resumen recordaremos que nuestro planteamiento consiste en señalar que ante el abuso del derecho y que genera efectos indeseados en los mercados, el Tribunal deberá adoptar las medidas preventivas y determinará la aplicación de multas bajo los criterios de la

culpa y el dolo ya observados. Debemos recordar que nos encontramos inmersos en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, de modo que cualquier responsabilidad de índole civil deberá analizarse por vía ordinaria.

A partir de esto, proponemos el siguiente esquema como guía para abordar este tipo de ilícitos.

		Sede Civil	Sede Competencia
Acción: Ejercicio abusivo del derecho de accionar o de petición.		Tribunal deberá adoptar medidas preventivas para el restablecimiento del Derecho, declarando la ilicitud de la conducta.	
Consecuencia: existencia de nexo causal con efectos anticompetitivos.		Recordar que hemos planteado que con la sola constatación del daño y del nexo causal el tribunal debe adoptar medidas a fin de restaurar el imperio del Derecho y evitar los abusos.	
Culpabilidad	Sin culpa	No concurre responsabilidad civil	Sin consecuencia patrimonial.
	Culpa	Concurre responsabilidad civil, que deberá ponderarse.	Aplicación de multa, se deberá ponderar.
	Dolo	Concurre responsabilidad civil, que deberá ponderarse. Posibilidad de que monto de indemnización sea mayor que figura culposa.	Aplicación de multa, debe ser de mayor entidad que figura culposa.

De lo expuesto, podemos observar que nuestro planteamiento separa aguas en el análisis y sus conclusiones, señalando que en una fase objetiva atendemos a las consecuencias para la competencia y la necesidad del ordenamiento jurídico por restablecer el imperio del Derecho, y en una segunda fase subjetiva atendemos a

criterios que determinarán las responsabilidad personal del agente activo del ilícito de competencia y que le reportará determinados efectos.

Cabe aclarar que, al referirnos a un punto de vista subjetivo, no sostenemos el indagar en las particulares y especiales motivaciones que llevaron al agente a actuar de esa manera, por cuanto si la conducta adolece de culpa deberemos atender al cuidado debido exigible a un hombre medio, de modo que se acercaría más bien al modelo de responsabilidad del Derecho Civil nacional. Con todo, esto no va aparejado con eventuales indemnizaciones de perjuicios, por cuanto bajo la aplicación del DL 211 la natural consecuencia de su aplicación será la imposición de una multa, que deberá ser ponderada conforme a la concurrencia de culpa o dolo.

2. DERECHO DE PETICIÓN Y SU INFLUENCIA EN TOMA DE DECISIONES ADMINISTRATIVAS CON EFECTOS ANTICOMPETITIVOS.

No obstante haber sostenido en reiteradas ocasiones acerca de nuestro tratamiento conjunto de los derechos de petición y accionar, y afirmar que este último es una consecuencia lógica e histórica del primero, en el presente acápite nos referiremos con mayor precisión respecto de la petición a órganos administrativos.

Conocido es por el lector que en nuestro país existen una serie de organismos parte de la Administración del Estado, sujetos a una mayor o menor independencia respecto del Gobierno Central, poseedores de una serie de potestades, a saber: normativas, fiscalizadoras y sancionatorias, y que se ejercen al tenor de la actividad particular respecto de la que poseen competencia.

De este modo, no es sorprendente que estas instituciones sectoriales en el ejercicio de sus funciones puedan provocar efectos anexos en el ámbito de la competencia²⁰⁷, probablemente indeseados, pero que han de requerir la intervención del TDLC.

²⁰⁷ Véase, Caso Fiscalía Nacional Económica con Ilustre Municipalidad de Curicó, Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, ROL C-137-2007, de 4 de Noviembre de 2008 (Sentencia 77/2008).

En lo que se refiere a este trabajo, deseamos puntualizar acerca de cuándo aquella intervención administrativa posee como antecedente previo el ejercicio del derecho de petición por parte de un particular y que ha sido considerado por parte del ente regulador y lo ha plasmado en un acto de autoridad. Junto con ello, es natural que el solicitante haya desplegado toda clase de gestiones (lobby) para lograr el apoyo de la Administración.

Frente a esta situación, las dudas se presentan respecto de si es posible sostener un juicio de responsabilidad contra el solicitante, desde el punto de vista de la competencia.

Ya sea que nos apuntemos por la afirmativa o la negación de aquello, no cabe duda que primero debemos reconocer que el hecho generador de efectos anticompetitivos es el acto de la autoridad (acto administrativo terminal), de manera que entre estas consecuencias y el solicitante existe un ente que impone imperativamente su decisión, con lo que pareciera que no es posible alcanzar al particular peticionario.

Cuando analizamos el desarrollo de la jurisprudencia de los Estados Unidos, tratamos puntualmente el caso de “Noerr Motor Freight v. Eastern Railroad”²⁰⁸, en el que observamos cómo esta última agrupación de empresas llevó a cabo una compleja campaña de desprestigio contra Noerr e influenciar satisfactoriamente al gobierno para obtener regulación favorable y dificultar la competencia de estos con los transportistas de ferrocarril.

En este caso, la Corte Suprema terminó resolviendo que, pese a la maliciosa intención de afectar a la competencia y habiéndose efectivamente acreditado sus consecuencias, la conducta dirigida a solicitar una determinada actividad por parte del aparato estatal era inmune de responsabilidad para ante el derecho “antitrust”. Aquello es consecuencia de la protección que le otorga la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense y de que la intervención gubernamental es un acto de autoridad.

²⁰⁸ U.S. Supreme Court. 365 U.S. 127 (1961).

Sin embargo, tal como reiteramos en capítulo anterior, en esta sentencia se reconoció la “sham exception” en virtud del abuso que esta clase de medios encubría y apuntan a afectar a otros competidores.

En los posteriores casos de “United Mine Workers v. Pennington” y “California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited”²⁰⁹, se confirman los planteamientos de la inmunidad y de su excepción, pero aún es complejo determinar con claridad cuándo se puede entender que determinados esfuerzos por influenciar a la autoridad son ilegítimos.

Einer Elhauge estima que en “Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head Inc.”²¹⁰, existiría una mayor certeza para poder testear la conducta y determinar que procede la aplicación del Derecho de la Competencia. La Corte Suprema resolvió que la excepción a la inmunidad solamente abarcaría aquel derecho de petición que constituyera una: “actividad que no fuera genuinamente intentada con el objeto de influenciar la acción gubernamental”²¹¹. De esta manera, afirma²¹² en el caso de que el ejercicio del derecho de petición signifique una restricción de la competencia, esta acción ha de ser inmune si 1) esta situación nociva es incidental, 2) existe un esfuerzo genuino y 3) válido de influenciar la decisión de la autoridad.

Con todo, el tema sobre el que sí deseamos puntualizar en este acápite es acerca de la responsabilidad del peticionario frente a la acción gubernamental, que ha tenido como antecedente inmediato la solicitud del interesado.

En cuanto a la validez de la conducta, el fallo citado por Elhauge²¹³ realiza una reseña al caso Noerr y expresa: “donde una restricción sobre el comercio o la

²⁰⁹ Analizados en su momento.

²¹⁰ U.S. SUPREME COURT. 486 U.S. 492 (1988).

²¹¹ ELHAUGE, Einer. Op. cit., p. 1186. Traducción literal: “activity that was not genuinely intended to influence governmental action”.

²¹² *Ibidem*, p. 1187.

²¹³ *Ibidem*, p. 1240.

monopolización es el resultado de una acción gubernamental válida, como opuesto a la acción privada, motivan que la acción goza de inmunidad absoluta de responsabilidad en materia de competencia por las restricciones anticompetitivas”²¹⁴.

Para determinar la validez de la medida adoptada por la autoridad, Elhauge plantea que podríamos verificar si su origen es conforme a las reglas de procedimiento o de nivel constitucional que le rigen, pero ello sería complejo por cuanto deberíamos determinar el grado de influencia de parte del privado para alterar el normal curso del procedimiento.

A fin de dar por establecida la concurrencia de responsabilidad, el autor citado propone una perspectiva funcional, en virtud de la cual el asunto estribará en si la restricción está o no políticamente sujeta a rendición de cuentas y es o no económicamente neutra²¹⁵. En el caso que cumpla positivamente con ambos requisitos quedará fuera del ojo del Derecho de la competencia, por cuanto el proceso de toma de decisión ha dado como resultado una decisión óptima desde el punto de vista del Derecho. Si se desea, es justa. Inclusive, aunque el acto de autoridad se produce como consecuencia de la petición de un privado, ella no se funda necesariamente en el interés de aquel, sino más bien en la clase de asuntos que son de competencia del órgano que adopta cierta decisión²¹⁶.

Para visualizar esto, Elhauge plantea dos ejemplos para poder entender sus argumentos. El primero se refiere a la hipótesis en que un productor local de un cierto producto que es principalmente vendido vía importación, solicita al gobierno que fije el precio mínimo al que deberá venderse este bien. La autoridad, ciertamente tendrá interés en la medida, ya que beneficia a la industria local, y en virtud de acto de autoridad procede a fijar precios.

²¹⁴ Ibídem. Traducción libre: “where a restraint upon trade or monopolization is the result of valid governmental action, as opposed to private action, those urging the governmental action enjoy absolute immunity from antitrust liability for the anticompetitive restraint”.

²¹⁵ Ibídem.

²¹⁶ Cabe precisar que lo anterior es sin perjuicio de los procedimientos administrativos o jurisdiccionales que procedan, en razón de transgresiones normativas que deban ponderarse en otras sedes.

Pese al interés financiero del gobierno, en este caso aún aplica la inmunidad para el peticionario, ya que la administración es la única que ha establecido el precio. Situación diametralmente opuesta es la hipótesis en que el privado determina los términos de la restricción anticompetitiva en conjunto con el gobierno, como lo sería el ejemplo en que acuerdan la fijación del precio de venta para favorables ventas entre el interesado y el gobierno.

Bajo esta clase de situaciones no podemos sostener la aplicabilidad de la inmunidad frente al Derecho de la Competencia, ya que ambos operan como agentes económicos, establecen restricciones a terceros y aprovechan recíprocamente (utilidad) del acuerdo.

El desarrollo de este tema en el Derecho estadounidense es un proceso que hasta el día de hoy continúa definiéndose, pero es patente que lleva años de ventaja a la experiencia nacional, tanto desde el punto de vista doctrinal como jurisprudencial. Sin embargo, estimamos que lo esbozado presenta antecedentes plausibles para ser tratados en casos concretos.

Esto último será de especial relevancia cuando el Estado participe como un agente más en el ámbito económico, particularmente al momento de proveer/proveerse de algún bien o servicio. Precisamos que esto se refiere a la responsabilidad del peticionario frente a aquel acto de autoridad que generó los efectos anticompetitivos, ya que otra arista se refiere a aquellas decisiones de la administración que producen similares consecuencias, como en el caso de una licitación.

Para finalizar, es recomendable tener presente como elementos coadyuvantes a lo sostenido, en este acápite, las garantías constitucionales de la igualdad ante la ley y trato sin discriminaciones en materia económica, asimismo, los principios de legalidad y probidad que rigen la actividad estatal.

3. DERECHO DE ACCIONAR Y SOBRE CIERTAS CONSECUENCIAS ANTICOMPETITIVAS.

3.1 Precisiones acerca del efecto anticompetitivo

Quien ejerce una o más acciones contra un determinado agente económico rival, o varios rivales, puede buscar fines pacíficos para el Derecho, como la protección de derechos adquiridos, garantías constitucionales, legalidad de la actuación administrativa estatal, entre otros fines plausibles de protección desde la óptica de la normativa vigente.

Sin embargo, hemos observado en varios capítulos precedentes y en la doctrina y jurisprudencia comparada existente, que esta situación no es necesariamente pacífica.

A la luz del derecho de la competencia, la obtención de mayores niveles de concentración del mercado expulsando rivales o bloqueando el ingreso a nuevos actores como forma de barrera artificial son en reiteradas ocasiones situaciones comprobables o, al menos, presumibles de que son la justificación de aquellas conductas. Inclusive, sobre esto último hemos planteado nuestros reparos a que la jurisprudencia extranjera y nacional se centren en figuras dolosas y descarten pronunciarse acerca de circunstancias de mayor complejidad que representa la culpa.

No obstante, entendemos que el efecto anticompetitivo se grafica de manera patente en el aumento de costos provocados al rival, por cuanto este último debe internalizarlos como costos propios de su estadía o entrada en un cierto mercado relevante.

En el evento de que estos costos no puedan ser asumidos, el rival optará por dejar el mercado o evitar su entrada. Inclusive, puede ser una forma de disciplinar o disuadir a los competidores.

Nos hemos exployado latamente acerca de cuándo enfrentamos una acción abusiva, que afecta la competencia y la manera de cómo ello de manifiesta. Ahora, a la luz del artículo 3° del DL 211 es necesario preguntarse sobre la formas de realización

que experimenta esta figura para impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a producir dichos efectos.

3.2 Precisiones acerca de la distinción judicial y administrativa

Habiendo esbozado en forma escueta este asunto, basta con afirmar que el ejercicio de acciones, a la luz del derecho nacional, se puede verificar tanto en sede judicial como administrativa.

El ejercicio de la función jurisdiccional supone en términos de garantías constitucionales la existencia de un tribunal señalado por la ley y que se encuentre establecido previamente a los hechos que han de ser sometidos a su juicio²¹⁷, lo que concordado con otras disposiciones de la Carta Magna²¹⁸ nos plantea que esta función puede recaer tanto en tribunales ordinarios y especiales parte del Poder Judicial como aquellos que no lo son. Entre estos últimos, el Tribunal Constitucional, Tribunal Calificador de Elecciones, Contraloría General de la República y ciertos órganos parte de la administración del Estado. En este último ejemplo, basta con que el ente estatal cuente con posibilidad de fiscalizar o autorizar a un particular para que exista la posibilidad del abuso.

De esta manera, bajo la óptica de este trabajo, la cantidad de órganos y materias que pueden discutirse por vía jurisdiccional aumenta, asimismo los incentivos para recurrir a estas y entabrar el actuar de un rival actual o eventual.

A modo de ejemplo, podemos observar la Ley General de Telecomunicaciones²¹⁹ a propósito de las concesiones de servicios de libre recepción o de radiodifusión, las que se otorgan por concurso público y lo resuelto por la administración es oponible por la

²¹⁷ Véase, art. 19 n° 3 inciso cuarto, de la Constitución Política.

²¹⁸ Véase, art. 76, 83, entre otros, de la Constitución Política

²¹⁹ Ley n° 18.168, Ley General de Telecomunicaciones, Octubre 1982, Incluye modificaciones de Ley N° 19.277 de 20 de Enero de 1994, Ley N° 19.302 de 10 de Marzo de 1994, Ley N° 19605 de 26 de Enero de 1999, Ley N° 19.724, Ley 20196, de 2007.

vía de Recurso de Reclamación contemplado en el art. 13 A inciso 8°. Este recurso se resuelve por el Ministro de Transporte y Telecomunicaciones y frente a este pronunciamiento procede Recurso de Apelación.

Asimismo, lo que puede acontecer con la Ley de Propiedad Industrial²²⁰, donde el Director del Instituto de Propiedad Industrial y el Tribunal de Propiedad Industrial poseen competencia para conocer de los juicios de oposición a las solicitudes de marcas, patentes de invención y otros privilegios industriales, de nulidad o de transferencias de registros, así como de cualquier otra reclamación relativa a la validez o efectos a la protección de los derechos a que se refiere dicho cuerpo legal y que deduzcan las partes interesadas en tales asuntos, como órganos de primera y segunda instancia, respectivamente. En la literatura y jurisprudencia parte de la bibliografía del presente trabajo, se consigna en reiteradas ocasiones que la normativa de propiedad industrial es utilizada de manera estratégica para limitar el actuar de los competidores. En acápite posterior, trataremos puntualmente acerca de esta situación

En el caso “Compañía Minera Cordillera S.A. con Sociedad Sal Punta Lobos S.A.” (Sentencia 47/2006)²²¹, observamos como el denunciado había solicitado, ante el Ministerio de Defensa Nacional - Subsecretaría de Marina, que se declarase la caducidad de una concesión marítima, y de cómo requirió a la Dirección General de Territorio Marítimo y Marina Mercante Nacional iniciar una investigación a fin de determinar ciertas infracciones vinculadas con la presentación anterior. Asimismo, impugnó la legalidad del D.S. N° 139, ante la Contraloría General de la República, que modificaba la concesión marítima de que era titular Endesa en Puerto Patache.

Siendo esto una pequeña muestra, nos basta con estimar que el uso estratégico del accionar por la vía administrativa puede significar un perjuicio idéntico al que se puede padecer por vía judicial. El incurrir en costos asociados a los servicios de un asesor

²²⁰ DFL n° 3 Ministerio de Economía. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 19.039, Ley de Propiedad Industrial. Publicado en Diario Oficial de 20 de junio de 2006.

²²¹ Caso Compañía Minera Cordillera S.A. con Sociedad Sal Punta Lobos S.A., Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Sociedad Punta de Lobos S.A., Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol C-13-2004, de 6 de diciembre de 2006 (Sentencia 47/2006).

jurídico y el tiempo que un proyecto de inversión se obstaculiza, sobretodo dada la fluidez que se puede apreciar en ciertos servicios, puede significar el desestimar su prosecución o la pérdida de ganancias por aquel tiempo que estuvo paralizado. De la misma manera, en el caso de ser víctima un agente “desalojado” podríamos estar ante una ilegítima pérdida de ganancia sufrida.

3.3 Sobre conductas observadas y observables

A partir del análisis efectuado en el capítulo III del presente trabajo, observamos de manera genérica e inorgánica diferentes maneras de plasmarse la conducta del abuso de accionar o pedir con efectos anticompetitivos para los mercados. En lo sucesivo, buscaremos aportar una guía respecto de esto, la que ciertamente se sustentará en la verificación empírica observable en la jurisprudencia y la elucubración particular que podamos realizar.

Asimismo, nos remitiremos a algunos ejemplos, que pese a ser estimados como inmunes por los tribunales, en nuestra opinión habría sido necesaria una actividad más osada por parte del juzgador de competencia.

3.3.1 Acciones y su resultado

Sin importar, por ahora, la cuantificación de acciones que hayan de afectar un cierto mercado, en nuestra opinión se observan principalmente tres grupos de acciones. El primero dice relación con aquellas que producen o potencialmente podrían producir efectos indeseables; el segundo se refiere a la singularidad o pluralidad de acciones; y, el tercero plantea incógnitas sobre si un determinado competidor en diferentes tramos del proceso productivo puede perturbar tanto aguas abajo como arriba. Por último, en este trabajo presentaremos en un acápite final un grupo de conductas que pueden caber en la clasificación previa, pero que para fines de su tratamiento hemos considerado prudente dedicar tiempo en distinguirla.

3.3.1.1 Produce alteración en competencia o potencialmente puede perturbar los mercados

A este respecto, hemos visto que una acción o un conjunto de estas pueden generar tales consecuencias, que podemos observarlas y estimar que ellas han acaecido. Sin embargo, bajo este acápite nos preguntamos también respecto de aquellas hipótesis en que no ha sido posible acreditar tal resultado, pero en virtud de la prueba rendida en juicio podemos concluir que estas tuvieron su motivación en la intención positiva de afectar a los competidores. A continuación, nos referiremos sobre estas situaciones.

3.3.1.1.1 Ejercicio de acciones con efectos consumados

El derecho de accionar conlleva una serie de costos asociados, tanto en lo que se refiere a la contratación de servicios profesionales jurídicos como en lo que respecta a la generación de material probatorio. Si lo que se busca es alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio, los incentivos están puestos para incurrir en la mayor cantidad de gastos, para lograr este botín.

La víctima de este intento, deberá incurrir en los mismos costos y esto altera sus funciones de producción. La litigación no posee necesaria relación con materias primas destinadas a la confección de un bien, pero no cabe duda que la empresa asume esta afrenta como un costo que debe internalizar para continuar siendo un competidor. Mayor aún, si pensamos en medidas cautelares que obtiene el demandante y que alteran la actividad normal de la víctima. Una prohibición de celebrar actos y contratos, o una orden de no innovar pueden generar problemas, tales como impedir la venta de productos que quedarían afectos a dicha medida.

A la luz de esto, el costo asociado a la litigación vejatoria puede lograr eliminar rivales, demorar el ingreso a un determinado mercado, disciplinar la conducta de un creativo competidor o disuadirlo a disminuir la intensidad de la competencia.

Como conclusión general de esta clase de ilícitos, podemos afirmar categóricamente que la intención máxima es la de proteger la situación que se detenta

en un mercado y conquistar aquellas rentas que desean ser obtenidas por otros²²². Asunto este último, que por lo demás, es lógico, ya que si existen rentas que justifican la entrada de nuevos agentes, aquel que desea perpetuar su control en el mercado buscará hacerse de aquella ganancia por todos los medios con que cuente.

A continuación, presentaremos las diversas formas de verificar esta clase de ilícito.

3.3.1.1.1. Eliminación de competidores

La finalidad de toda práctica predatoria, sea vía de precios u otros medios, es la de expulsar a uno o varios competidores de un mercado, y así obtener una posición de dominio dentro de un determinado mercado o, al menos, lograr importantes niveles de concentración de este en su mano.

La litigación puede ser uno de los medios más promisorios como predación²²³, la cual puede referirse a competidores presentes y aquellos futuros, siendo estos últimos imposibilitados de acceder al mercado y no simplemente retardados en su ingreso.

Para ambas clases de víctimas, los costos que importan el o los litigios son de tal entidad que no pueden ser soportados. Esto se observará principalmente cuando estemos frente a un victimario con posición dominante o con niveles de concentración en su mano que le permiten a él solventar los costos asociados a sus abogados. No obstante, hemos ya sostenido reiteradamente que aquella condición de preponderancia no excluye situaciones en que no se verifica previamente (la predación supone suprimir competencia).

Esta situación fue reconocida en el caso Europeo en el juicio “ITT Promedia NV v. Belgacom”²²⁴, al determinar que el ejercicio del derecho de accionar ha tenido por objeto eliminar al competidor y no buscar la protección de un derecho subjetivo.

²²² BAUMOL, William y ORDOVER, Janusz. “Use of antitrust to subvert competition”, EN: Journal of law & economics, The University of Chicago, Vol. XXVIII, p. 248.

²²³ BORK, Robert. Op. cit., p. 347-348.

De la misma manera, pese a no ser tratado específicamente en capítulo anterior, el Tribunal de Competencia de Canadá, en juicio “The Director of Investigation and Research vs. Laidlaw Waste Systems Ltd.”^{225/226}, reconoce que la litigación fraudulenta contra competidores ha buscado eliminarlos o intentarlo por la vía de incrementar costos de sus respectivos negocios.

Esta supresión de competencia requiere un pronunciamiento por parte del tribunal, en el sentido de restaurar el imperio del derecho y de los niveles de competitividad previos al ilícito, y que para el caso nacional deberá verificarse la correspondiente indemnización de perjuicios por la vía judicial civil.

3.3.1.1.1.2 Demorar ingreso al mercado

Bork²²⁷ sostiene que “el predador no necesita derrotar completamente al competidor entrante. Él puede esperar sólo demorar este acceso. La litigación simulada entonces se transforma en una táctica útil contra cualquiera empresa, a pesar de las relativas reservas, para lo que vale la pena el precio por obtener una demora de uno o más años en la entrada del rival, dentro de un mercado lucrativo”.

Un mercado con altos niveles de concentración, bajo monopolio o que simplemente no era atractivo, una vez que se torna lucrativo serán varios los agentes extra que desearán luchar por este botín. Quién ya se encontraba compitiendo buscará hacerse de estas nuevas rentas.

²²⁴ TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA. Caso ITT Promedia NV v. Belgacom S.A., Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta ampliada), de 17 de julio de 1998.

²²⁵ Caso The Director of Investigation and Research vs. Laidlaw Waste Systems Ltd., CT-91/2 (2002).

²²⁶ Véase, también, BULLARD y FALLA, op. cit., p. 55.

²²⁷ BORK, Robert. Op. cit., p. 348. Traducción libre: “The predator need not expect to defeat entry altogether. He may hopes only to delay it. Sham litigation then becomes a useful tactic against any size firm, regardless of relative reserves, for it may be worth the price of litigation then becomes to purchase a delay of a year or several years in a rival’s entry into a lucrative market”.

De esta manera, el victimario buscará trabar ese ingreso, el cual puede o no ser exitoso en su totalidad con lo que lógicamente se conformará al menos con demorar el acceso. El retraso significará que el competidor primitivo se adjudicará las rentas existentes o que han surgido inesperadamente, con lo que la víctima cuando haya superado los obstáculos puede que se encuentre con el tesoro ya saboteado.

En el caso de “Telmex con Telefónica”²²⁸ por la tecnología del Wimax, observamos que este último torció la regularidad del procedimiento administrativo recurriendo a herramientas de impugnación propias del ámbito civil, con lo que la firmeza de la adjudicación de la concesión no se verificó sino hasta dos años después de que la administración se la había otorgado a Telmex.

La Sentencia 83/2009 del TDLC aplicó la inmunidad a la que apelaba Telefónica por haber ejercitado el derecho de accionar, al carecer de elementos que le permitieran “descubrir” el ilegítimo fin inequívoco de provocar daño, en circunstancias que la demora en acceder al mercado era patente.

Ciertamente es difuso determinar cuándo se ha excedido los límites existentes para el derecho de accionar, pero la visión del Tribunal genera más incentivos a demandar y proponer torcidamente vías de impugnación que alargan los procesos y afectan el legítimo interés a desarrollar una actividad económica.

Con todo, la Sentencia 47/2006²²⁹, pese a nuestras críticas sobre el fin inequívoco, da por establecido que la sociedad de Sal Punta Lobos provocó un retraso en el ingreso de un competidor en el mercado de los servicios portuarios relevantes para el embarque de sal. En el considerando octogésimo señala:

²²⁸ Caso Empresa Telmex Servicios Empresariales S.A. con Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A., Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol C-155-2008, de 30 de enero de 2009 (Sentencia 83/2009).

²²⁹ Caso Compañía Minera Cordillera S.A. con Sociedad Sal Punta Lobos S.A., Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Sociedad Punta de Lobos S.A., Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, ROL C-13-2004, de 6 de diciembre de 2006 (Sentencia 47/2006).

“Octogésimo: Que, el consiguiente retraso en la entrada de competidores potenciales al mercado nacional de la sal habría evitado que se traspasen al precio final del producto los ahorros de transporte obtenibles de la sustitución de distribución interna de productos de sal hacia un medio de transporte más barato, esto es, desde el transporte terrestre al transporte marítimo.”

En esta sentencia se observa cómo el tribunal determina que la estrategia del Sal Punta Lobos obtuvo una demora en la entrada de nuevos rivales, pero que, además, generó un perjuicio para los usuarios del servicio de transporte, por cuanto por un tiempo dejaron de percibir pecuniariamente la oferta diversificada que representaba este nuevo competidor.

3.3.1.1.1.3 Disuadir el ingreso de competidores

En este caso, el propósito de quien acciona es el de impedir el ingreso de nuevos competidores²³⁰, estableciendo como señal inequívoca desincentivos a cualquier intento por acceder a cierto mercado, consistente en la existencia de un agente que combatirá con rudeza cualquier intento por hacerle competencia.

Esto tendrá mayor connotación cuando sea un agente con posición de dominio o condiciones de monopolio quién opte por la batalla legal, por cuanto su interés en seguir percibiendo rentas monopólicas le llevarán a incurrir en toda clase de gastos para impedir la existencia de rivales.

Los costos asociados a la litigación y la complejidad que estos pueden experimentar, en especial si consideramos el tiempo o demora que conllevan los procesos o litigios, pueden significar en el análisis costo/beneficio que un pequeño potencial rival desista en invertir en aquel mercado, ya que los servicios jurídicos importan gastos excesivos o impeditivos a fin de soportar, en circunstancias que el costo de oportunidad es más bajo en otros negocios y es preferible invertir en aquellos.

²³⁰ WELSMAN, Sandra. Op. cit., p. 22. Véase, también, BULLARD y FALLA, op. cit., p. 48.

3.3.1.1.1.4 Extorsión

Esta figura supone el interponer acciones o amenazar con realizarlo, bajo la amenaza de proseguir con ellas y así poner trabas a la actividad económica del demandado, salvo se obtenga algún acuerdo favorable. Esto último consideramos puede referirse a una suerte de compensación por parte de la víctima, quién por su ingreso a un mercado o por mantenerse en él decide llegar a un acuerdo.

Esta reparación, por así llamarle, estimamos puede verificarse a modo de pacto extrajudicial y que significa un estipendio pecuniario para el demandado, quién ante la incerteza del resultado y evitar juicios similares prefiere asumir este costo.

William F. Shughart²³¹ plantea que el derecho de competencia puede ser una perfecta estrategia para la litigación, con la cual se puede obtener suculentos acuerdos mutuamente benéficos para ambas partes y sostiene que el alto porcentaje de juicio que no terminan con sentencia final, sino que por soluciones amistosas extrajudiciales, llevan necesariamente a la conclusión de que el demandado prefiere ahorrarse molestias en futuros juicios (pensemos en que este termina con sentencia condenatoria y otros competidores desean alegar similares argumentos para obtener réditos). Este autor reconoce que únicamente un 15% de los litigios finalizan por sentencia²³².

McAfee y Vakkur²³³ sostienen que esto sucede cuando una estrategia judicial de competencia es exitosa, de modo que tras de esta pueden surgir una serie de futuros demandantes especulando con obtener algún provecho. Ponen de ejemplo, el Caso de Microsoft y su acuerdo con el Departamento de Justicia en 2002, que conllevó posteriores demandas por parte de AOL, Sun Microsystems, RealNetworks, entre

²³¹ SHUGHART, William. "Private antitrust enforcement compensation, deterrence, or extortion?", EN: Regulation Magazine Vol. 12 n° 3, Cato Review of Business & Government, p. 6.

²³² Ibídem. Citando a Pauline M. Ippolito, Resale Price Maintenance: Evidence from Litigation. Washington, DC, Federal Trade Comisión, 1988.

²³³ MCAFEE, Preston, Y VAKKUR, Nicholas. "The Strategic abuse of antitrust law", EN: Journal of strategic management education, Senate hall academic publishing, p 5-6.

otros. Microsoft en cada uno de estos litigios convino el pago de importantes sumas de dinero, buscando evitar condenas mayores y costos asociados al tiempo.

Ciertamente la situación de Microsoft no es precisamente un ejemplo clarificador, ya que en diferentes instancias se ventiló sobre prácticas anticompetitivas concretadas por su parte, pero al menos nos plantea que ante acciones con altos niveles de especulación sobre sus resultados es altamente probable que quién sea objeto de estos decida pagar un precio por evitarlos.

De este modo, los incentivos para amedrentar a un rival presente o futuro pueden ser altos, ya que los procesos y las habituales medidas cautelares que le acompañan pueden producir graves daños en el proceso productivo de una empresa. Ante esta situación, puede ser mejor pagar.

Junto con ello, ponemos de manifiesto sobre aquellos casos en que esta extorsión busca o genera acuerdos entre los involucrados, de modo que puedan conllevar pactos para delimitar cuotas de mercado, con lo que estaríamos frente a hipótesis de colusión. Si la hubiere, esto puede incluso ser una situación aún más grave. Imaginemos un acuerdo en que A extorsiona a B, B decide pagar una suma de dinero a A, bajo la condición de evitar conflictos ante tribunales y de planear estrategias y tácticas comunes frente a futuros competidores, por vía judicial.

Como última reflexión, estimamos que la extorsión vía amenaza de accionar es un ilícito diverso del objeto de nuestro trabajo, ya que para serlo así es necesario comprobar empíricamente la ocurrencia de la coacción. No obstante, si acaeciera esa clase de apremio, es factible su castigo bajo cualquiera de las otras hipótesis contenidas en el art. 3° del DL 211.

3.3.1.1.2 Ejercicio de acciones sin efectos consumados, bajo la hipótesis de tentativa y frustración

El artículo 3° del DL 211 expresa que serán sancionados quiénes a partir de su obrar puedan producir efectos como impedir, restringir o entorpecer la libre

competencia, que si concordamos con el literal c) de dicho artículo podemos concluir que la práctica predatoria de accionar y que tienda a dichos efectos es perfectamente sancionable en sede del TDLC.

De este modo, la normativa nacional no sólo atiende al resultado material de estas conductas, sino que, también, a las consecuencias potenciales que pudieren provocar.

En consecuencia, la tentativa y la frustración del abuso de acciones suponen un juicio de disvalor de la acción, que pone al Derecho de la Competencia en la necesidad que se pronuncie fallo condenatorio y apliquen las sanciones correspondientes.

No nos cabe duda alguna que para la aplicación de multas, en estos casos, será fundamental la concurrencia del dolo como criterio de determinación de responsabilidad, por cuanto para tentar o ver frustrado los fines del actuar es preciso que haya existido intención positiva para la obtención de resultados indeseados para la normativa vigente. De manera que descartamos sanciones particulares en hipótesis culposas de tentativa o frustración²³⁴.

En este sentido, nos allanamos al planteamiento del Prof. Santiago Montt²³⁵ quien a la luz de la jurisprudencia estadounidense, destaca el hecho de que la tentativa es sancionada en sede de competencia bajo altos estándares que se autoimpone el juzgador. Es así como en el caso "SpectrumSports Inc. v. McQuillan"²³⁶, se establece como requisitos los siguientes: (1) Mercado relevante; (2) Conducta anticompetitiva; (3) Dolo específico (que puede deducirse de los hechos); (4) probabilidad del peligro de adquirir poder de mercado.

²³⁴ En caso alguno es nuestro ánimo proceder a tratar sobre la manera en que el Derecho Penal nacional regula acerca de la tentativa y la frustración o sobre lo que la doctrina ha puntualizado al respecto, pero es claro que en el primero existe un principio intencional de ejecución del delito y en el segundo un propósito de lograr un resultado ilícito por haber puesto todo lo necesario para su prosecución.

²³⁵ MONTT OYARZUN, Santiago. Presentación "*Sistemas Legales de Menor Tamaño y Libre Competencia*", en Día de la Competencia organizado por la Fiscalía Nacional Económica, disponible en <http://bit.ly/dFUuom>, 4 de noviembre de 2010.

²³⁶ U.S. SUPREME COURT. 596 US 447 (1993).

Cabe señalar que, en lo que se refiere al ilícito de abuso de derechos que estudiamos, bajo los parámetros anteriores podríamos perfectamente indagar sobre las responsabilidades particulares que surgen a la luz del DL 211, de modo de sancionar a aquel que ha procedido a la ejecución de esta clase de hechos.

Respecto al tercer requisito comprendemos que es fundamental su concurrencia, por cuanto dadas las especiales formas que representan la tentativa o la frustración el plantear responsabilidades pueden significar restricciones al derecho de accionar o de pedir, con lo que eventualmente estaríamos avalando transgresiones a estas garantías. En consecuencia, plantear sanciones en virtud de la comprobación de una intención específica por dañar a otro representa satisfactoriamente una protección a dichas garantías.

En cuanto a su determinación, esto podrá hacerse en razón de los antecedentes fácticos y probatorios aportados al proceso, en especial cuando nos encontramos ante hipótesis de variedad de acciones interpuestas. Es preciso recalcar el hecho que la tentativa y la frustración suponen que no se generan efectos en el mercado relevante, pero la conducta del agente victimario manifiestamente busca la obtención de poder de mercado y perjudicar a sus competidores, lo que a la luz del DL 211 es plausible sostener que ameritan la aplicación de sanciones.

3.3.2 La cuantificación de acciones como verificación de la conducta ilícita

La desviación del fin o función para el que fue otorgado el derecho de accionar se verifica de manera particular en la acción misma que es ilícitamente ejercida, de forma que basta con ella para estar frente a un abuso, sin perjuicio de existir otras similares entre las mismas partes.

Concordante con lo anterior, en el ámbito de la competencia el elemento esencial que se requiere para la adopción de medidas es que se generen efectos contrarios a la libre competencia, los que pueden provenir de un hecho en particular o serie de hechos ejecutados orquestadamente para injuriar a los competidores.

En consecuencia, tanto una singular acción como una pluralidad de estas pueden terminan trabando el desarrollo de un determinado mercado, no obstante que la última situación plantea mayor número de indicio de que estamos frente a una conducta contraria al Derecho. Asimismo, de mayor gravedad y que pone al Tribunal de la Competencia en la situación de aplicar medidas muchos más drásticas y eficaces.

Con todo, hemos estimado necesario detenernos cierto tiempo en analizar determinados casos que han observado una y otra hipótesis.

3.3.2.1 Acción singular

Hovenkamp²³⁷ al referirse sobre si es posible que una simple acción pueda atentar contra la libre competencia, plantea que una única petición puede ser costosa y, en el caso de estar bien preparada, puede inmovilizar los recursos de las partes en conflicto. Imaginemos aquellas situaciones en que durante el transcurso del procedimiento se han otorgado medidas cautelares que redundaron en la paralización de faenas para alguno de los litigantes.

Asimismo, estimar que esta singular acción no es potencialmente un ilícito, conllevaría una carta blanca para las empresas y justificaría complejas utilidades de la acción, prologando estratégicamente la litigación sin temor a consecuencias en el ámbito de la competencia.

Welsman²³⁸, por su parte y en la misma línea, comenta a propósito del caso “ClipperExpress v Rocky Mountain Motor Tariff Bureau Inc.”²³⁹, donde el primero ejerció una acción contra la tarifa vigente para el transporte de carga y que provocó por dos años la suspensión de ingreso de nuevos actores. Conociéndose, con posterioridad, acerca de la responsabilidad en sede de competencia por parte de

²³⁷ HOVENKAMP, Herbert. Op. cit., p. 694.

²³⁸ WELSMAN, Sandra. Op. cit., p. 13.

²³⁹ US COURT OF APPEALS, NINTH CIRCUIT, 690 F.2d 1240 (9th Cir. 1982).

Clipper, la Corte de Apelaciones de Estados Unidos del Noveno Circuito señaló que “(...) es simplemente un esfuerzo para interferir directamente con un competidor. En este caso, la falsa actividad de solicitar no goza de la protección de la primera enmienda, porque este no es un ejercicio del derecho de la primera enmienda”²⁴⁰.

En el caso nacional normalmente se han observado más de un intento de acciones que han alterado el libre devenir de los mercados, pero en el caso de Telmex con Telefónica²⁴¹ al ser analizado pudimos constatar que esta última ejerció una sola acción (Recurso de Reclamación respecto del proceso de adjudicación de la concesión) que una vez resuelta se impugno por diversas vías, incluso algunas de ellas sin encontrarse consagradas en la legislación.

A la luz de este conflicto, la adjudicación de la concesión por parte de Telmex tomó dos años de demora, con lo que se provocó una clara pérdida de ganancias en este tiempo perdido.

El TDLC no logró apreciar la concurrencia del fin inequívocamente abusivo, en circunstancia que Telefónica buscó por diversos medios torcer el normal flujo del procedimiento. En caso alguno nos oponemos a recurrir a los medios de impugnaciones establecidos en la ley, pero sí estimamos que este órgano jurisdiccional debió haber sopesado esta conducta que nos lleva a pensar que su finalidad era la de dilatar el ingreso de un competidor. El Derecho Procesal no es precisamente un área abierta a la improvisación o creatividad en lo que se refiere a impugnar resoluciones.

3.3.2.2 Pluralidad de acciones.

Esta debe ser una de las formas que con mayor probabilidad se verifique el abuso del derecho de accionar, lo cuál ha sido graficado como “el plan” y que tiene por

²⁴⁰ Ibídem. Traducción libre: “[...] is simply an effort to interfere directly with a competitor. In that case, the 'sham' petitioning activity is not entitled to first amendment protection, because it is not an exercise of first amendment rights”.

²⁴¹ Caso Empresa Telmex Servicios Empresariales S.A. con Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A., Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol C-155-2008, de 30 de enero de 2009 (Sentencia 83/2009).

finalidad el ejercitar más de una acción, para así entorpecer la actividad productiva de otro agente en el mercado.

Esta estrategia predatoria puede verificarse tanto por la vía de interponer acciones reguladas específicamente por la ley como por incoar juicios de carácter más bien declarativo. Estos procesos pueden realizarse tanto por procedimientos de urgencia (en nuestro país, pensemos en los recursos de protección y de amparo económico) como por procedimientos de lato conocimiento.

Asimismo, quien está interesado por valerse de estos procesos para afectar a los competidores, puede recurrir a un conjunto de acciones que pueden o no ser contradictorias entre una y otra. Esta situación de contradicción no es descabellada, dado que la intención es excluir competidores y así obtener las rentas del mercado en que se desenvuelve.

3.3.2.2.1 La pluralidad de acciones bajo una misma jurisdicción.

Como la que se produce cuando se recurre únicamente a una clase particular de tribunales. Administrativos, civiles, penales, marcarios, etc. La entidad del daño para los competidores redundará en los costos que significa sostener la defensa, el tiempo que las medidas cautelares que se dictaron interrumpieron la actividad económica o el que se ha debido esperar para iniciarla en razón de hacer antesala a un fallo favorable.

Cabe agregar que Hovenkamp²⁴² sostiene que recurrir reiteradamente por una misma vía es un medio objetivo de evidencia que demuestra el uso de mala fe de esta clase de herramientas, por cuanto demandar una y otra vez bajo idénticos argumentos no hace sino demostrar la maliciosa intención que tras estas se esconden.

La razón fundamental para argumentar lo anterior, estriba en que demandar bajo un determinado argumento que es desechado y que posteriormente es nuevamente utilizado (pudiendo alterarse el medio, procedimiento o finalidad deseada), supone que el agente no ha atendido al llamado del órgano jurisdiccional de que esta

²⁴² HOVENKAMP, Herbert. Op. cit., p. 694.

argumentación ya fue desechada una primera vez, de modo que las posteriores debieran sufrir similar decisión. Si no aprende en un comienzo, es lógico comprender que existe un ánimo de afectar a los rivales.

3.3.2.2.2 La pluralidad de acciones bajo diferentes jurisdicciones.

El recurrir a instancias civiles, administrativas o penales, puede significar una eficaz herramienta para impedir el proceso productivo de un rival, en especial cuando el sinnúmero de medidas cautelares y la demora que significa el proceso plantean importantes tiempos o formas complejas para restablecer determinada situación al estado anterior.

En nuestro país, el caso emblemático de esta hipótesis es Compañía Minera Cordillera S.A. con Sociedad Sal Punta Lobos S.A., donde esta última interpuso 7 diversas presentaciones, ante tribunales civiles y entes administrativos. Su importancia está dada por terminar en sentencia condenatoria y establecer las primeras cuatro reglas (fin inequívoco; inavocabilidad; utilidad; y, de la contradicción) que permitirían abordar esta clase de ilícitos (las tres últimas reglas fueron empleadas únicamente en este juicio, algo paradójico).

Aunque este ejemplo permite verificar acciones contradictorias, es la más clara muestra de que para entorpecer la actividad de un rival es plausible y posible optar por un cóctel diverso de medios contenciosos, articulados con miras al plan sostenido por el “abogado del diablo”.

Con todo, Hovenkamp plantea que recurrir a diferentes jurisdicciones no prueba necesariamente un intento por vejar a otro mediante el litigio, ya que si observamos el caso norteamericano podemos concluir que es factible que cierto hecho sea resuelto de determinada forma en la corte de un Estado y de modo diametralmente opuesto en otro. En el caso chileno, es complejo sostener esto último, dada nuestra configuración de Estado unitario, pero reconocemos que pueden existir casos particulares en que diversos órganos con competencias limítrofes puedan adoptar decisiones

contradictorias entre sí. Con todo, el orden piramidal nos lleva a inferir que en determinado momento la Corte Suprema zanja estas diferencias.

3.3.2.2.3 Acerca de pluralidad de acciones contradictorias entre sí

Si las peticiones sobre las que versa uno u otro proceso incoado por una misma parte no apuntan a satisfacer pretensiones contrarias, podríamos afirmar que el agente activo ha válidamente buscado proteger sus intereses en juicio, de manera que sería plausible adjudicarle la inmunidad que merece.

Por ejemplo, en el juicio entre la Fiscalía Nacional Económica y Compañía Chilena de Fósforos S.A., la petición de nulidad de la marca que detentaba la competidora Canada Chemicals S.A. y la que impugnaba una inscripción de dominio web similar a la que poseía la primera empresa, nos llevan necesariamente a considerar que una y otra eran perfectamente compatibles entre sí. Al menos, habríamos estado por desechar una figura dolosa.

En cambio, el caso de Sal Punta Lobos presentaba una serie de acciones que entre unas y otras buscaban asegurar pretensiones irreconciliables, como cuando se solicitaba la nulidad de la concesión sobre el Puerto Patache, pero en otra sede se exigía el cumplimiento de las bases de licitación para adjudicarse la misma concesión.

Tal como lo advertía la sentencia 47/2006 del TDLC, la contradicción entre las pretensiones de Sal Punta Lobos demostraban que el recurrir de diferentes tribunales no tenían otra finalidad que la de atentar contra los competidores. Inclusive, si estas peticiones hubiesen llegado a buen puerto, habría acaecido el absurdo de la imposibilidad fáctica de poner en práctica una u otra solución, por cuanto en una se alegaba caducidades, en otra nulidades, y en otras se había valer la vigencia de un cierto hecho que perdía su valor en razón de sanciones de caducidad o nulidad.

3.3.2.3 Afectación de la competencia en diferentes segmentos del proceso productivo

Dada la complejidad de los diversos procesos productivos de bienes o servicios podemos especular acerca de las diferentes fases en que una misma empresa puede competir con otras. En especial, cuando existen economías de escala o de ámbito.

Por ejemplo, imaginemos las empresas de retail que ofrecen en sus mostradores los productos de distintos proveedores, pero que, a la vez, ponen a disposición del público mercancías de su manufactura bajo su rótulo (sea que lo realice por medios propios o pagando por la labor de terceros) y que significan una clara competencia para aquellos. ¿Qué pensaríamos si el supermercado solicita la caducidad de las autorizaciones sanitarias con que opera la lechera rival? ¿Es posible plantear casos de abuso en mercados por sobre o debajo del segmento en que la empresa desempeña su giro?

La genialidad del “abogado del diablo” nos lleva a pensar que el agente que desea afectar a su competencia puede hacerlo tanto a nivel de aquellos que son un constante o principal rival, como atacar a otros entes del retail, como ponerlo en práctica con aquellos que le proveen de productos para vender en sus vitrinas.

Inclusive, podría decidir perturbar a quienes estime como proveedores poco cooperativos, obstaculizándolos y prefiriendo a alguno especial para así hacerse de precios más bajo del producto que venderá en sus establecimientos.

Esto se apreciará con mayor claridad cuando estemos ante una cadena de supermercados, que posea posición de dominio o importante concentración de un mercado.

4. SITUACIONES ESPECIALES

4.1 Transgresión en virtud de información falsa

Sobre este respecto, Hovenkamp²⁴³ señala que debemos distinguir previamente entre el caso de información falsa que es utilizada con la finalidad de alterar un determinado resultado y aquella hipótesis en que se persigue incrementar los costos del rival. Respecto a esta última, el citado autor entiende que estaríamos frente a un ilícito de competencia y que es observable claramente en el caso de un litigante que recurre a este método para lograr que su contraparte incurra en altos costos para defender sus intereses y poner al descubierto el hecho de la falsedad de la información, de manera que es sujeto de responsabilidad frente a la normativa de libre competencia.

Sin embargo, plantea dudas respecto a aquella situación en donde se busca alterar u obtener un resultado determinado, como en el caso que estemos frente a una agencia reguladora o entidad administrativa y de la que se espera cierto pronunciamiento inducido por la falsedad de los antecedentes. Hovenkamp²⁴⁴, estima primeramente que ante un caso como este, deben operar los mecanismos legales que realmente tienen como propósito la impugnación y el establecimiento de responsabilidad por aquellos hechos que importan vicios en la decisión de la autoridad, de manera que el Derecho Administrativo y el Derecho Procesal serán los estadios que deberán pronunciarse acerca de la ilicitud del hecho y aplicar las sanciones que procedieren, descartando la intromisión del Derecho de Competencia ya que los propósitos de este dicen más bien relación con la regularidad del Mercado.

Sin perjuicio de lo anterior, el autor plantea que si la finalidad ha sido la de afectar un determinado resultado o decisión, bajo ciertas circunstancias es posible que el derecho antitrust posea relevancia, como cuando: (1) el usuario debió haber conocido el hecho de que la información era falsa, (2) que esta información es sustento de la

²⁴³ HOVENKAMP, Herbert. Op. cit., p. 689.

²⁴⁴ Ibidem, p. 690.

decisión de la autoridad, (3) que se encuentre bajo el control del agente que abusa con su petición, (4) la información es propiamente falsa y no una cuestión que puede estar sujeta a interpretación.

Con todo, esta situación no es del todo clara que sea atentatoria de la competencia, por cuanto dada sus peculiaridades existen remedios legales muchos más idóneos para resolver el asunto.

En nuestra opinión, no descartamos la concurrencia de ilícitos contra la competencia, pero es obvio que participamos del planteamiento de la especialidad, de forma que esa clase de asuntos deberán resolverse siempre bajo la sede jurisdiccional o administrativa y la normativa sustancial más idónea.

4.2 Transgresión en virtud de soborno

La hipótesis planteada en este punto trata sobre aquellos que han obtenido un determinado beneficio en virtud del pago o soborno que realizaren a algún agente o funcionario parte de la Administración del Estado.

El que habiendo efectuado una cierta petición, en razón de un interés público o privado, ha aprovechado influir en la decisión final por la vía de incentivos pecuniarios. No descartamos que esto se presente por la vía jurisdiccional, pero cabe recordar sobre la existencia del excepcional Recurso de Revisión que contempla nuestro Derecho vigente.

Ahora, en lo que se refiere al derecho de petición, la pregunta central estriba en la posibilidad de hacer frente al acto administrativo que tiene su origen en la solicitud y de si el ejercicio de esta potestad puede ser objeto de juicio por la vía de competencia. No nos cabe duda que, por otras vías civiles o penales, es posible impugnar y sancionar estas situaciones.

En nuestra jurisprudencia nacional del TDLC, o de las extintas Comisiones Resolutivas y Preventivas, no observamos particularmente algún asunto discutido en

estas sedes, de manera que la mirada necesariamente deberemos ponerla en el ejemplo de la jurisprudencia estadounidense.

El caso citado por Elhauge²⁴⁵ de “City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising”, es una muestra de la experiencia jurisprudencial norteamericana. No obstante, la Corte descarta la aplicación de la Sherman Act para este caso concreto, es pertinente su análisis.

En primer término declara la falta de antecedentes a fin de determinar que el demandado estuviera involucrado en sobornos y, acto seguido, plantea 3 elementos que nos llaman poderosamente la atención.

En primer lugar, sostiene que aunque se hubiese probado la existencia del soborno o cualquier otra infracción a la ley, esto no tiene relación con los propósitos que se buscan con la aplicación de la Sherman Act.; en segundo lugar, la concurrencia del soborno no explica necesariamente que la decisión adoptada por la autoridad sea contraria al interés público; por último, en tercer lugar plantea acerca de la dificultad de determinar los efectos del soborno cuando han sido dados a una minoría o grupo reducido dentro de un cuerpo colegiado, donde es complejo saber si la decisión adoptada realmente se debió a la ocurrencia de aquel incentivo, como en el caso de que la Cámara de Diputados aprobase un proyecto de ley por 63-57 y habrían sido sobornados 5 “Honorables”, de modo que no habría visto la luz para convertirse en ley. O en el supuesto de que fuere aprobada por 65-54, con 1 abstención, podría plantearse la incógnita acerca de si el incentivo del soborno afectó de manera precisa a quienes podían con su opinión generar mayores adhesiones en pro de aquel proyecto.

Sin perjuicio de que este tercer planteamiento presenta dificultades ciertas, de las que no descartamos hipótesis en que pueda cuestionarse la validez de alguna ley, afectada por esta clase de situaciones, podemos sostener que de los dos criterios previos existen argumentos de peso para descartar la inaplicabilidad de la normativa de Competencia, por cuanto la existencia del soborno que motiva al ente administrativo-regulador a adoptar determinada decisión, no representa un actuar

²⁴⁵ ELHAUGE, Einer. Op. cit., p. 1244.

financieramente desinteresado, de manera que encaja en la situación que planteamos al comienzo de este capítulo, de forma que aplica sanciones desde la óptica del DL 211.

Por último, el hecho que el interés particular del soborno no justifique que la decisión sea necesariamente contraria al interés público, es un planteamiento insatisfactorio a nuestro parecer porque la decisión del ente administrativo independiente de todo interés financiero es aquella que inferimos va en el camino del interés general de la comunidad. En la vereda contraria se encuentra aquella situación en que el soborno empuja al regulador a adoptar un camino que puede ser provechoso para todos, pero que el ilícito previo redundaría en que este ente vela únicamente por su beneficio y, por tanto, se justifica la revisión por el derecho de la Competencia.

4.3. Acciones y licencias.

Sin perjuicio de que el presente trabajo se encuentra fuera de la órbita del derecho de propiedad industrial, nuestra intención es al menos poner de manifiesto los potenciales efectos nocivos que pueden conllevar para la competencia el que se ventilen juicios sobre esta materia, en especial cuando estamos frente a un agente que detenta un derecho y del que legítimamente espera se le otorgue protección por parte del órgano jurisdiccional.

La inventiva merece protección por parte de la legislación, sin embargo esta situación podría conllevar una serie de acciones para aquellos competidores que desean desafiar a aquel que posee una determinada marca, sobre todo cuando poseen productos con determinadas mejoras y de las que su rival busca evitar que sean ingresadas al mercado y/o se hubiere solicitado el respectivo registro marcario.

De esta manera, la licencia es una suerte de escudo que justificaría acciones ilimitadas y deliberadamente diseñadas con la finalidad de dañar a competidores o potenciales de estos.

Frente a esta situación, deberá ponderarse la particular conducta del agente, tanto los medios empleados para proteger su licencia como a las sedes ante las que recurre, siendo hipotéticamente un ejemplo aquellas situaciones en se recurre al ente competente de marcas para proteger su situación de licenciatario ante la “arremetida” de quién ha innovado y busca desplazarle del mercado. Asimismo, quien sin haberse opuesto al otorgamiento de determinada licencia, en la oportunidad durante la tramitación de la solicitud de dicha licencia, con posterioridad recurre a diversos mecanismos de impugnación. En este último caso, pensemos en la solicitud de declaración de nulidad de derecho público respecto del acto administrativo que otorga la licencia.

Con todo, debemos considerar que estamos frente a una hipótesis en sumo compleja de resolver, por cuanto quien detenta una licencia posee una protección que justifica la interposición de ciertas acciones, de modo que el órgano jurisdiccional que conozca de reclamos por aquellas situaciones podría estimar que estamos frente a un legítimo derecho ejercido.

Sin embargo, el desvío de los fines que justifican el otorgamiento de una potestad no puede quedar libre de las sanciones que correspondan, en especial a la responsabilidad que le cabe al agente desde el mundo de la Competencia y de la Responsabilidad Civil.

4.4 Abuso en el procedimiento (o del)

Entre los operadores del Derecho es común que se usen expresiones tales como “dejar durmiendo” determinado proceso o la tramitación de una medida cautelar, lo cuál tiene su origen en fines tanto positivos, en el caso que las partes se encuentren negociando una solución al conflicto, como negativos, cuando la intención es únicamente la de generar perjuicios a la parte contraria. Las medidas de “prohibición de celebrar actos y contratos” o la “prohibición de enajenar o constituir derechos a favor de terceros” son en muchas ocasiones armas aterradoras en contra de la actividad económica de un rival, entabando su acceso a un mercado o

desenvolvimiento en un mercado en que ya se encontraba o trabar la utilización de una nueva genialidad fruto del invento.

Con anterioridad hemos planteado que los procesos significan tiempo y costo que deben ser soportados por las partes, injustamente bajo nuestra hipótesis de estudio para una de ellas, y mayores serán cuando los procesos se alarguen temporalmente y se entrase al oponente con complejas medidas cautelares.

En el caso de abusos de procedimiento, mencionamos la proposición desmesurada de incidentes sin mayor relevancia para el juicio, demorar la prosecución de las diversas fases de los procesos en que inspiran se los principios de disposición por las partes, solicitud y presentación de pruebas irrelevantes, la tergiversación de recursos²⁴⁶ tanto en lo que se refiere a su solicitud en procedimientos incompatibles como la presentación de ellos para “estirar” la llegada de la sentencia de término, entre otras.

Cabe precisar que el abuso del procedimiento puede ser parte de un plan mayor, entendiendo que es el lógico complemento de una acción que precedentemente le da origen y que representa un ejercicio abusivo del derecho. Sin embargo, consideramos que esta situación puede presentarse como una conducta oportunista de quien observando que el pleito que ha incoado no conllevará la esperada satisfacción de su pretensión, puede iniciar maniobras dilatorias con fines de ralentizar la normal tramitación y así generar perjuicios en el normal desenvolvimiento de la actividad productiva de su contrincante.

Por otra parte, respecto a las medidas cautelares es simple el imaginar qué tipo de inconvenientes puede conllevar a la contraparte. Pero primero, debemos recordar que los pilares que justifican el otorgamiento de una de estas medidas son (1) el periculum in mora y (2) el fumus boni iuris.

²⁴⁶ Caso Telmex con Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A., ya citado.

El “periculum in mora”²⁴⁷ o peligro de daño jurídico que se deriva del retardo de la medida protectora definitiva que otorgará el órgano jurisdiccional a la pretensión del actor, por cuanto dado el estado de las cosas el tiempo intermedio entre la presentación de la demanda y la sentencia definitiva puede significar un detrimento para el objeto del juicio. Ante esta necesidad, la parte que eventualmente podría sufrir el perjuicio solicitará al tribunal que procure mantener el estado de las cosas.

Respecto al “fumus boni iuris”²⁴⁸, aquel humo que colorea el buen derecho, representa aquella situación en que la pretensión alegada es verosímil, de manera que es alta la probabilidad de que el juzgador termine acogiendo en la sentencia definitiva los requerimientos del actor. Esto no significa que con la sola demanda y documentos agregados al inicio del proceso se haya acreditado la validez de las alegaciones, sino, más bien, que existe una apariencia de buen derecho o indicios de probabilidad de que la pretensión será acogida.

En razón de estas circunstancias es que el tribunal otorgará la medida cautelar solicitada, la que eventualmente será ratificada en la sentencia definitiva. En el caso que así no fuere, estaremos ante una situación que merecerá compensaciones si la dictación de aquella importó perjuicios para la parte que la soportó.

Respecto al tema de nuestro estudio, esta situación pudo haber significado entorpecimientos para la libre competencia, en razón de que fueron instrumentos para el plan procesal con que se buscó afectar al competidor²⁴⁹.

Junto con ello, no obstante, es el Estado, por intermedio del órgano jurisdiccional, quien otorga la medida²⁵⁰, de manera que esta situación no será ilícita porque la

²⁴⁷ CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistémico de las providencias cautelares, Librería El Foro, Buenos Aires, 1996, p. 36.

²⁴⁸ MATURANA MIQUEL, Cristián. Las Medidas Cautelares, Apuntes Universidad de Chile - Facultad de Derecho, Santiago, 2007, p. 12.

²⁴⁹ Véase, también, BARROS BOURIE, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, op. cit., p. 645

²⁵⁰ FLUCK, Anna Inés. “La medida cautelar trabada abusivamente y los daños y perjuicios”. EN: PEYRANO y RAMBALDO, op. cit., p. 384.

legislación vigente regula cuándo esta deberá dictarse, pero durante el transcurso del proceso se podrá acreditar que fue otorgada sin razón o sin merecerla, lo que traerá aparejada la concurrencia de responsabilidad por parte de quien la solicitó. La parte víctima de la traba que importó la medida cautelar merece ser resarcido por el entorpecimiento que padeció.

CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo hemos realizado un extenso análisis sobre tres materias, correspondientes a las garantías del derecho de accionar y del de petición, el abuso del derecho y, en particular, del proceso, y de cómo el abuso en el ejercicio de dichos derechos puede devenir en atentados contra la libre y leal competencia.

En un principio, al tratar los derechos objeto de nuestro estudio, poco hemos aportado respecto al derecho de accionar, por cuanto es una tema que ha sido tratado en extenso por la doctrina constitucional y procesal, bastándonos con entender que estamos frente a una garantía consagrada en nuestra Carta Magna y respecto del cual hemos planteado, con cierta osadía si se quiere, la extensión de los requisitos del derecho de petición, en razón de que la acción es una derivación histórica de este último.

De esta forma, los requisitos de respeto y conveniencia eran aplicables a ambas garantías, importándonos especialmente este último, ya que fundamentará la proscripción del abuso de estos derechos, por cuanto su ejercicio ilícito es inconveniente para los fines con que se otorgaron.

Abuso que, como observamos en el capítulo II de este trabajo, presenta una acogida inorgánica en nuestro Derecho nacional, encontrando ejemplos expresos en materia de competencia desleal, turismo, y ciertas prescripciones que limitan el ejercicio de algunos actos jurídicos procesales, o, al menos, configuran la responsabilidad por parte de quien abusa de estos derechos, la cual puede acaecer tanto por vía de costas en los procesos como por vía de responsabilidad extracontractual.

Para efectos de estas conclusiones, adherimos, obviamente, a la proscripción del abuso del derecho, como un principio general de nuestro Derecho y que en casos

específicos se ha reconocido explícitamente. Aunque estos reconocimientos dicen relación, en su totalidad, con el ejercicio de acciones o denuncias, expresamos que el derecho de petición también es objeto de similar limitante.

Por su parte, a propósito del abuso procesal, reafirmamos nuestro planteamiento en el sentido de que el criterio funcional que determinará la concurrencia de una situación ilícita está dada por la carencia de un conflicto de intereses de relevancia jurídica, que justifica la intervención de un tribunal, lo cual puede expresarse tanto en el ejercicio de acciones sin fundamento, defensas sin sustento o con mero ánimo dilatorio, o la tramitación poco diligente que degenera en la eternización de los juicios. Frente a esta clase de situaciones, como apuntamos anteriormente, procederá tanto la condena en costas como el derecho a ser indemnizado por los perjuicios en caso de que las primeras no cubran el injusto padecido. Pero, además, podremos estar frente a la exclusión “in limine litis” de aquellas presentaciones que carezcan de fundamento, lo cual advertimos posee una mayor relevancia en materia de libre competencia, en lo que se refiere a las exigencias con que deben cumplir dichas solicitudes. A modo de recordatorio, tener presente que en sede de libre competencia el TDLC posee facultades de oficio para hacer ver al denunciante o requirente acerca del incumplimiento de las exigencias del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil. Con todo, hemos hecho presente que la mayor importancia sobre este tema del abuso se verificará principalmente en virtud de juicios posteriores a aquellos en donde se verificó el ilícito.

Ahora, en lo que respecta al abuso de estos derechos en materia de competencia, recalcamos el hecho de que esta clase de conductas pueden significar tanto un atentado al DL 211 como a la Ley 20.169 sobre competencia desleal, señalando que esta última era de menor entidad o figura residual. El abuso puede ser desleal, pero no necesariamente atentatorio de la competencia, sin embargo, puede ser anticompetitivo y desleal a la vez. Lo importante es apuntar que es perseguible por ambas vías y nos referimos latamente al reenvío que efectúa la Ley 20.169 al DL 211.

De esta manera, nos vamos acercando a las conclusiones respecto a la jurisprudencia nacional en la materia, sobre todo cuando el TDLC ha seguido para

estos casos el criterio del “fin inequívoco”, lo cual ha significado establecer un estándar probatorio alto, incluso mayor que el “manifiestamente abusivo” de la ley de competencia desleal, que trae aparejada como consecuencia la falta de sanción a una serie de conductas que afectan la competencia.

Hipótesis de culpa y tentativa hemos manifestado que son perfectamente sancionables por parte del TDLC, sin perjuicio de que para la ponderación de la multa respectiva se pueda establecer un monto menor a aquellas hipótesis dolosas. Asimismo, sostenemos que una vez verificada la inconveniencia entre el ejercicio del derecho y la finalidad o función para la que se otorgó, el tribunal deberá adoptar medidas para restablecer el imperio del Derecho. Por lo demás, es este criterio funcional el que determina la existencia del abuso, de manera que justifica la amplitud de nuestros planteamientos para efectos de asegurar el normal funcionamiento de los mercados.

De la misma forma, planteamos que es necesario recurrir a la mayor cantidad de elementos que permitan concluir la existencia del ilícito, así los criterios de contradicción de las acciones, la regla de la simultaneidad que daría cuenta del “plan”, la regla del medio menos oneroso, regla de la dilación innecesaria del procedimiento, regla del interés lícito/ilícito y la regla de la única acción. Junto con ello, retomar los criterios adoptados en el Caso Punta Sal Lobos, con la finalidad de otorgar mayores argumentos a los órganos persecutores y sancionadores en materia de competencia, a fin de posibilitar el desarrollo de los mercados en términos libres y leales.

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, ARTURO. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, 559p.

ALESSANDRI, ARTURO, SOMARRIVA, MANUEL, y VODANOVIC, ANTONIO. Tratado de los derechos reales. Bienes – Tomo I, 6ta edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, Volumen 1.

ANGULO CIFUENTES, ANDREA. El abuso del derecho y la responsabilidad extracontractual, Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Valdivia, Universidad Austral de Chile, 2006, 52p.

ATIENZA, MANUEL, y MANERO, JUAN RUIZ. Ilícitos atípicos: sobre el abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder, Madrid, Editorial Trotta, 2000, 133p.

BARONA VILAR, SILVIA. Competencia desleal, 2da edición, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 1999, 440p.

BARBOSA MOREIRA, JUAN CARLOS (coordinador). Abuso dos direitos processuais, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2000, 170p.

BARROS BOURIE, ENRIQUE. Límites de los derechos subjetivos privados, Introducción a la doctrina del abuso del derecho, Revista de derecho y humanidades, Facultad de Derecho Universidad de Chile, n° 7: 3-29, 1999.

BARROS BOURIE, ENRIQUE. Tratado de responsabilidad extracontractual, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, 1230p.

BAUMOL, WILLIAM y ORDOVER, JANUSZ, Use of antitrust to subvert competition, Journal of law & economics, The University of Chicago, Vol. XXVIII: 247-270, 1985.

BIBLIOTECA CONGRESO NACIONAL - DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS, EXTENSIÓN Y PUBLICACIONES. El derecho de petición en la constitución de 1980 y en la legislación de España, Estados Unidos y Francia, elaborado por Virginie Loiseau, disponible en: www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro273.pdf, Santiago de Chile, 2003.

BORDA, GUILLERMO A. Manual de Derecho Civil – Parte General, Decimoctava edición actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1996, 590p.

BORK, ROBERT. The Antitrust Paradox, Toronto, Ed. Free-Press, 1993, 479p.

BULLARD, ALFREDO y FALLA, ALEJANDRO. El abogado del diablo: el abuso de procesos legales o gubernamentales como práctica anticompetitiva, en Boletín Latinoamericano de Competencia, Perú, n°21: 46-58, 2006.

CALAMANDREI, PIERO. Introducción al estudio sistémico de las providencias cautelares, Librería El Foro, Buenos Aires, 1996, 232p.

CARPIO, MIGUEL. Competencia desleal y sus efectos sobre la dinámica de los mercados, en Boletín Latinoamericano de Competencia, n°5: 118-127, 1998.

CENTRO DE ESTUDIOS EUROPEOS EMILI NOËL. Derecho de la competencia europeo y español, La Unión Europea Estudios y Documentos, Madrid, Editorial Dykinson, 1999, 320p.

CIENFUEGO SALGADO, DAVID. El derecho de petición en México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., Universidad Autónoma de México, 2004, 305p.

COLOMBO, JUAN. “El Derecho Procesal funcional y sus bases constitucionales”, en Revista de Derecho Procesal, Santiago Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile, N° 19: 75-83, 1997.

COMISIÓN PRESIDENCIAL DE MODERNIZACIÓN DE LA INSTITUCIONALIDAD REGULADORA DEL ESTADO. Modernización de la Institucionalidad Reguladora del Estado. Protección del Medio Ambiente. Explotación de Recursos Naturales. Informe Final ("Informe Jadresic"), no editado, Santiago, 1998.

COOTER, ROBERT, y ULEN, THOMAS. Derecho y economía, 1ra edición en español, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, 295p.

: con exposición
de motivos, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1945, 386p.

COUTURE, EDUARDO. Introducción al estudio del proceso civil, 2da edición, Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1953, 102p.

COUTURE, EDUARDO. Fundamentos del derecho procesal civil, 3ra. Edición, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1997, 493p.

ELHAUGE, EINER, Making Sense of the Antitrust Petitioning Immunity, 80 CAL. L. REV. Vol. 80: 1177-1251, 1992.

FERNANDEZ SESSAREGO, CARLOS. Abuso del derecho, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002, 328p.

FUEYO LANERI, Fernando. Instituciones de derecho civil moderno, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, 602p.

GACHARNÁ, MARIA CONSUELO. La Competencia Desleal, Bogotá, Editorial Temis Librería, 1982, 117p.

GONZÁLEZ ITURRIA, MARCO ANTONIO (edit.). Competencia desleal. Análisis crítico y elementos para la aplicación de la Ley N° 20.169, Santiago, Cuadernos de Extensión Jurídica (U. de los Andes) N° 14, 2007, 134p.

HERNANDEZ RODRIGUEZ, FRANCISCO. Precios predatorios y derecho antitrust, Madrid, Editorial Marcial Pons, 1997, 150p.

HOVENKAMP, HERBERT. Federal antitrust policy, the law of competition and its practice, 2da edition, Editorial West Group, 1999, 759p.

JOSSERAND, LUIS. El espíritu de los derechos y su relatividad teológica jurídica, Puebla, Editorial José M. Cajica Jr., 1946, 354p.

MATURANA MIQUEL, CRISTIÁN. Las Medidas Cautelares, Santiago, Apuntes Universidad de Chile - Facultad de Derecho, 2007.

MCAFEE, PRESTON, Y VAKKUR, NICHOLAS. The Strategic abuse of antitrust law, en Journal of strategic management education 1(3), Senate hall academic publishing, 2004.

MOLINA BLÁZQUEZ, CONCEPCIÓN. Protección jurídica de la lealtad en la competencia, Madrid, Editorial Montecorvo, 1993, 455p.

MONTT OYARZUN, SANTIAGO. Presentación Sistemas Legales de Menor Tamaño y Libre Competencia, en Día de la Competencia organizado por la Fiscalía Nacional Económica, 4 de noviembre de 2010.

NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. “El derecho constitucional de petición y su insuficiente regulación legislativa”, en Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección Estudios, Año 15, n° 2:87-106, 2008.

ORTUZAR SANTA MARIA, ALVARO. Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio, 3ra parte, El abuso del Derecho ante la Constitución, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, Vol. 3.

PEYRANO, JORGE (Dir.) y RAMBALDO, JUAN ALBERTO (coordinador). Abuso Procesal, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2002, 464p.

RODRIGUEZ GREZ, PABLO. El abuso del derecho y el abuso circunstancial, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1998, 408p.

SÁNCHEZ PICHARDO, ALBERTO. La competencia desleal. México, Editorial Porrúa, 2003, 210p.

SCOTT. D. HELSEL. Preventing Predatory Abuses in Litigation Between Business Competitors: Focusing on a Litigant's Reasons for Initiating the Litigation to Ensure a Balance Between the Constitutional Right to Petition and the Sherman Act's Guarantee of Fair Competition in Business, William and Mary Law Review, V. 35: 1135-1167, 1995.

SHUGHART, WILLIAM. Private antitrust enforcement compensation, deterrence, or extortion?, Regulation Magazine, Cato Review of Business & Government, Vol. 12 n° 3:53-61, 2007.

TARUFFO, MICHELLE (Ed.). Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural rights, Louisiana, Kluwer Law International, 1998, 370p.

VALDÉS PRIETO, DOMINGO. Libre competencia y monopolio, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, 751p.

VERDUGO, MARIO, y PFEFFER, EMILIO. Derecho Constitucional: Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999, Vol. 1.

WELSMAN, SANDRA. Commercial power and competitor litigation, Australian business Law Review, Sydney, Tomo 24 n°2, 1996.

VILLAGÓMEZ RODIL, ALFONSO. Competencia Desleal, Segunda Edición, Granada, Editorial Comares, 2006, 200p.

ACTAS COMISIÓN DE ESTUDIOS PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN

- Derecho de petición: Sesiones 125ª, 127 y 407ª. Disponible en http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales-r (última revisión, 01.02.2009).
- Derecho de accionar: Sesiones 103ª, 112ª, 370ª y 371ª. Disponible en http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales-r (última revisión, 01.02.2009).

JURISPRUDENCIA TRIBUNALES ORDINARIOS

1. Caso Inmobiliaria Nacional Ltda. con Centrobanco. En, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 89, 2ª parte, sección 2ª.
2. 2. Caso Stjepovic González con Universidad de Antofagasta. Fallo Corte Suprema, número de ingreso 228-2003. En, <http://jurischile.com/2004/11/091104-rol-n-228-03.html>.
3. Caso Empresa Telmex Servicios Empresariales S.A. con Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A., Recurso de Reclamación contra sentencia 83/2009 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol Ingreso Corte 1966-2009, de 13 de octubre de 2009.

JURISPRUDENCIA TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1. Caso Compañía Minera Cordillera S.A. con Sociedad Sal Punta Lobos S.A., Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Sociedad Punta de Lobos S.A., Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol C-13-2004, de 6 de diciembre de 2006 (Sentencia 47/2006).
2. Caso Empresa Telmex Servicios Empresariales S.A. con Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A., Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol C-155-2008, de 30 de enero de 2009 (Sentencia 83/2009).
3. Caso Reebok Chile S.A. contra Reebok International Limited y Adidas Chile Ltda., Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol C-97-2006, de 8 de enero de 2009 (Sentencia 80/2009).
4. Caso Fiscalía Nacional Económica con Compañía Chilena de Fósforos S.A., Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol C-105-2008, de 14 de diciembre de 2009 (Sentencia 90/2009).

5. Caso Fiscalía Nacional Económica con Ilustre Municipalidad de Curicó, Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, ROL C-137-2007, de 4 de Noviembre de 2008 (Sentencia 77/2008).

JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Causa ROL: 968-07, Sentencia de 10 de julio de 2008. Caratulada “asesoría y servicio con Dirección del Trabajo”.
2. Causa ROL: 792-07, Sentencia de 3 de enero 2008. Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Hernán Pfeifer Frenz y Paulina Alegría Madrid y Carmen Polanco Lazo, respecto de la segunda frase del inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario, en los autos caratulados “Pfeifer Frenz con Instituto de Salud Pública”.
2. Causa ROL: 1046-08, Sentencia 22 de julio 2008. Requerimiento de inaplicabilidad de Sociedad Sergio Andrés Concha San Martín y Otro respecto de la parte final del inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario, en la causa caratulada “Concha San Martín, Sergio Andrés, con Fisco”.
3. Causa ROL: 1061-08, Sentencia 28 de agosto 2008. Requerimiento de inaplicabilidad de Hernán Pfeifer Frenz, Paulina Alegría Madrid y Carmen Polanco Lazo respecto de la segunda frase, del inciso primero, del artículo 171 del Código Sanitario, en causa caratulada “Pfeifer Frenz, Hernán, y otras con Instituto de Salud Pública”.
4. Causa ROL: 1253-08, Sentencia de 27 de enero 2009. Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Arco Arquitectura y Construcción Limitada respecto del inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario, en la causa Rol 3240-2008, caratulada “Arco Arquitectura y Construcción Limitada con Secretaría Regional Ministerial de Salud de Valparaíso”.

5. Causa ROL: 1262-08, Sentencia de 2 de abril de 2009. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Sociedad de Servicios y Asesorías Swan (Chile) S.A. respecto de la parte final del inciso primero, del artículo 171 del Código Sanitario, en causa Rol 26.220-2008 del Décimo Sexto Juzgado Civil de Santiago, caratulada "Sociedad de Servicios y Asesorías SWAN S.A. con Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana".
6. Causa ROL: 1279-08, Sentencia de 2 de abril de 2009. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Manuel Enrique Valdés Valdés en su calidad de administrador de la Comunidad Edificio Santiago Centro y en su representación, respecto de la parte final del inciso primero, del artículo 171 del Código Sanitario, en causa Rol C-25623-2008, caratulada "Comunidad Edificio Santiago Centro con Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana y Fisco de Chile", del Segundo Juzgado Civil de Santiago y actualmente en apelación ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS

1. Caso Eastern Railroad Presidents Conference vs. Noerr Motor Freight Inc, U.S. Supreme Court, 365 U.S. 127 (1961).
2. Caso United Mine Workers v. Pennington, US. Supreme Court, 381 U.S. 657 (1965).
3. Caso California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited, U.S. Supreme Court, 404 U.S. 508 (1972).
4. Caso Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head Inc, U.S. Supreme Court. 486 U.S. 492 (1988).

5. Caso Clipper Exxpress v. Rocky Mountain Motor Tariff Bureau Inc, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 690 F.2d 1240 (9th Cir. 1982).
6. Caso Spectrum Sports Inc. v. McQuillan, 596 US 447 (1993).

JURISPRUDENCIA EUROPEA

1. Caso ITT Promedia NV v. Belgacom S.A., Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta ampliada), de 17 de julio de 1998.

COMPETITION TRIBUNAL CANADA

1. Caso The Director of Investigation and Research vs. Laidlaw Waste Systems Ltd., CT-91/2 (2002).

LEGISLACIÓN NACIONAL

1. Decreto 100. CHILE. Texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de 1980, Chile, Diario Oficial septiembre de 2005.
2. CPR 1925. CHILE. Constitución Política de la República de Chile. Santiago, Chile, Diario Oficial septiembre de 1925.
3. CPR 1833. CHILE. Constitución Política de la República de Chile. Santiago, Chile, Diario Oficial mayo de 1833.
4. Código Penal de 1874.
5. LEY 1.552. CHILE. Código de Procedimiento Civil y modificaciones posteriores, Diario Oficial Agosto 1902.

6. LEY 1853. CHILE. Código de Procedimiento Penal, Diario Oficial Febrero 1906.
7. DL 211. CHILE. Fija normas para la defensa de la libre competencia; con tal objeto previene y sanciona las prácticas monopólicas y crea las comisiones y servicios que indica. Santiago, Chile, Diario Oficial diciembre de 1973; teniendo presente las importantes modificaciones introducidas por las Leyes N° 18.118, de 22 de mayo de 1982, N° 19.336, de 29 de septiembre de 1994, N° 19.610, de 19 de mayo de 1999, N° 19.806, de 31 de mayo de 2002, N° 19.911, de 14 de noviembre de 2003.
8. DFL 1122. CHILE. Fija texto del Código de Aguas y sus modificaciones, Diario Oficial Octubre 1981.
9. DFL 1/19.653. CHILE. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley n° 18.575, orgánica constitucional de bases generales de la administración del Estado. Santiago, Chile, noviembre de 2001.
10. LEY 19.696. CHILE. Establece Código Procesal Penal, Diario Oficial Octubre 2000.
11. LEY 20.169. CHILE. Regula la Competencia Desleal, Chile, Diario Oficial Febrero 2007.