



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
MAGISTER EN DERECHO PÚBLICO

**SHAM LITIGATION
UN ATENTADO A LA LIBRE COMPETENCIA**

MIGUEL VALENZUELA VERGARA

Tesis presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, para optar al
grado de Magister en Derecho Público

Profesor Guía: Javier Velozo Alcaide.

Santiago, Chile

2019

ÍNDICE

| | |
|--|----------------|
| Introducción..... | pág. 3 |
| El abuso del Proceso..... | pág. 4 |
| Normas Constitucionales..... | pág. 7 |
| La Libre Competencia..... | pág. 8 |
| Denominación..... | pág. 10 |
| Concepto de Competencia Desleal..... | pág. 11 |
| Culpabilidad Requerida en la Ilícitud..... | pág. 13 |
| El Ilícito Anticompetitivo..... | pág. 19 |
| Definición de la Conducta Anticompetitiva..... | pág. 20 |
| Sham Litigation como Ilícito Anticompetitivo..... | pág. 24 |
| Conclusiones..... | pág. 39 |
| Bibliografía..... | pág. 46 |

INTRODUCCIÓN

El acceso a un racional y justo procedimiento, que informa en nuestro país tanto a las instancias jurisdiccionales como a las administrativas, involucra la protección constitucional de los derechos de acción ante los tribunales de justicia -lo que se relaciona con el principio de inexcusabilidad-, y del derecho de petición para ante la autoridad administrativa -que involucra los efectos del el silencio administrativo-, situación que aparece como una constante en la mayoría de las naciones democráticas; y la consideración de su naturaleza instrumental como un medio para el ejercicio de los derechos materiales o de fondo, es un asunto pacífico. De manera tal que el derecho a litigar, dentro de los causes que el ordenamiento jurídico franquea, se incrementa ante la imposibilidad legal del órgano jurisdiccional de rechazar una acción legalmente interpuesta, y el derecho de petición a la autoridad pública se potencia por medio de los efectos del silencio administrativo; empero ¿significa esto que tienen un carácter absoluto y que pueden ser ejercidos sin limitaciones?.

En este contexto, la litigación -fuera de la órbita natural del ejercicio de la acción-, puede llegar a ser utilizada como una eficaz herramienta para impedir o retardar el acceso de nuevos agentes al mercado, por parte de quién o quienes tienen en él una posición dominante, con lo que el ejercicio de estos derechos, en principio legítimo, se transforma en un abuso que atenta contra la debida lealtad en la competencia por los nichos de mercado.

Este trabajo pretenderá demostrar por medio del análisis jurisprudencial y doctrinario, que la litigación fraudulenta, abusiva o viciosa, aquí denominada Sham Litigación, que se verifica como el ejercicio repetido, insistente y sucesivo o coetáneo, de parte de uno o más agentes económicos, en diferentes instancias administrativas y jurisdiccionales -especiales u ordinarias- de diversos tipos de acciones y/o peticiones, con el fin principal de impedir o retardar el ingreso al mercado de nuevos agentes económicos, involucra una forma de litigación que constituye en sí misma un fraude y un abuso del derecho, que es una forma de competencia desleal y un atentado contra la libre competencia.

EL ABUSO DEL PROCESO

El abuso del proceso ha sido examinado esporádicamente por la doctrina, debiendo considerarse como un concepto autónomo pero encuadrable dentro de la figura general del abuso del derecho, y para conceptualizarlo es menester considerar a la litigación en su sólo aspecto adjetivo o instrumental despojada de su fin material y en todos sus ámbitos de aplicación, como un instrumento que utilizado sin una legítima causa material es capaz de constituirse en un ilícito anticompetitivo en el contexto de una teoría general de la litigación abusiva¹.

Es una materia fronteriza que excede lo puramente procesal y que abarca también aspectos sustantivos en tanto se promueve un proceso sin “*iusta causa litigandi*”, que insta a examinar conceptos como la temeridad y la buena fe procesal y que alcanza a la reclamación de los daños provocados², lo que presupone la existencia de un abuso³ del proceso en sí mismo y no simples actuaciones abusivas dentro de él⁴, un uso doloso del proceso en su faz instrumental⁵ pervirtiendo el derecho a impetrar la tutela jurisdiccional⁶.

¹ Sobre el particular MUÑOZ ARANGUREN, ARTURO, Tesis Doctoral: La Litigación Abusiva: delimitación, análisis y remedios, Universidad Complutense de Madrid, 2018, pág. 16. “*se trata de la consideración del proceso en sí mismo, en su integridad, como un acto susceptible de causar un daño que uno de los litigantes, al menos en determinados supuestos excepcionales, no debe soportar[...]la necesidad de construir una teoría general de la litigación abusiva, así como vislumbrar las razones que han impulsado al legislador, aunque sea de forma fragmentaria, a reconocer en determinados supuestos el carácter injusto del daño sufrido y la correlativa necesidad de que el perjudicado por una actuación procesal iniciada sin justa causa sea indemnizado mas allá de las costas*”

² “*...no debe perderse de vista que en el seno del procedimiento subsiguiente de reclamación de los daños provocados por la litigación abusiva se procederá a practicar lo que en el Common Law se conoce tradicionalmente como “juicio dentro del juicio” (void dire)...*”, y en el enfoque del derecho continental peninsular “*enjuiciar en el procedimiento ulterior si la acción judicial previa carecía o no de iusta causa litigandi*”, MUÑOZ ARANGUREN, ARTURO, ob. cit., pág. 19.

³ En el Derecho Romano “*ab-usus, implicaba la utilización radical, extremada y absorbente de un derecho subjetivo*” EL ABUSO DEL DERECHO, MARTIN BERNAL, José Manuel, Montecorvo, Madrid, 1982, pág.24. En su acepción técnica no significaba “*uso malo o condenable*”, sino que “*uso intenso*”, ILÍCITOS ATÍPICOS, ATIENZA, Manuel, y RUIZ MANERO, Juan, Trotta, Madrid 2000, pág. 33 (con cita a su vez de Giulio LEVI, L’abuso del Diritto, Milán, 1993).

⁴ “*Se trata [...] del abuso del proceso del proceso en sí mismo [...], y no de simples actuaciones abusivas dentro de un proceso que, como tal, no se haya iniciado sin “iusta causa litigandi” o “probable cause”. Mientras que el primero concurre cuando se usa el proceso contra sus propios fines o para obtener fines ilegítimos, el abuso “dentro” del proceso implica una desnaturalización de las herramientas procesales*” MUÑOZ ARANGUREN, ARTURO, ob. Cit., pág 21 (con cita a su vez MASCIORA, Mario, La Conducta Procesal de las Partes, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005)

⁵ “*Hemos entendido más adecuado emplear la locución “litigación abusiva” en vez de, por ejemplo, “litigación maliciosa, pues la primera comprende tanto los supuestos en que el proceso civil es iniciado en forma dolosa con el ánimo de dañar a un tercero --sin la existencia de un fin legítimo-- como aquellos casos en los que el litigante ejercita una acción objetivamente anormal--aunque sea un supuesto menos frecuente el abuso de derecho también puede ser cometido por el demandado*” MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, ob. cit., pág.21.

⁶ “*quien promueve un proceso esta no solo ejercitando una mera facultad que el ordenamiento jurídico otorga a toda persona capaz sino haciendo uso de un derecho de rango constitucional [...] de lo que se sigue que la litigación abusiva supone una modalidad muy específica dentro de la categoría general del abuso del derecho pues usa ilegítimamente un derecho de rango supra-legal*” MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, ob. cit., pág.21

Así, los procedimientos regidos por el principio dispositivo son los más susceptibles de ser usados ilegítimamente⁷.

La figura del abuso del derecho surge como reacción al excesivo formalismo que podía llevar al titular del derecho a un ejercicio contrario a las razones que justificaron su establecimiento, su conceptualización se debe en gran parte a la doctrina francesa⁸. La figura del abuso del proceso supone utilizar el derecho a la tutela judicial excediendo manifiesta y objetivamente los límites normales de su ejercicio y provocando un daño a quien no tiene el deber jurídico de soportarlo⁹.

La litigación abusiva se caracterizará por la solicitud formal -pero con un fin distinto al declarado- de alguna clase de tutela jurisdiccional, o por la oposición igualmente injustificada a ella¹⁰. Puede conceptualizarse la litigación abusiva como el uso injustificado sea por el actor o por demandado del derecho a la tutela judicial y/o administrativa efectivas, materializadas en el ejercicio de acciones u oposición a las mismas sin “causa razonable” indefendibles desde el punto de vista fáctico por carecer de un fundamento material mínimamente sólido, con independencia de la concurrencia o acreditación de elemento intencional, pues lo relevante es que se propicie un pleito sin *iusta causa litigandi* y por ausencia de la misma (razón derecha para litigar) debemos entender el ejercicio jurisdiccional de una acción o la oposición a la misma, sin una base jurídica o fáctica mínimamente razonable desde el punto de vista objetivo.

El abuso de proceso concierne exclusivamente a los litigantes en el ejercicio de las facultades que les confiere el derecho a litigar, por lo que se trata en principio de acciones permitidas pero que consideradas las circunstancias de su ejercicio resultan finalmente ilícitas, por lo que deben quedar fuera del alcance de la tutela judicial efectiva del ejercicio del derecho subjetivo las acciones judiciales orientadas a dañar los intereses de otros -no las que simplemente, persiguiendo sus propios intereses los dañan- y aquellas en las que aún

⁷ “El uso desviado del proceso no deja de tener una serie de rasgos distintivos comunes que trascienden la fisonomía propia del proceso trazada en cada una de las leyes adjetivas -de las distintas jurisdicciones que los regulan. Los remedios procesales serán, en buena medida, coincidentes, porque similares son los problemas que un uso abusivo del derecho plantea”, *Ibid.*, pág. 22.

⁸ Sobre el punto, *Ibid.*, pág. 24 a 30.

⁹ Debe entonces distinguirse proceso de procedimiento, en tanto se trata de conceptos distintos según la dogmática procesal más sofisticada.

¹⁰ En tanto que el abuso también puede llegar a ser cometido por el legitimado pasivo.

persiguiendo el sujeto sus propios intereses, el daño causado a estos sujetos o a la colectividad aparezca como excesivo o anormal ¹¹.

Existirá abuso del proceso cuando tenga lugar una distorsión en el empleo del instrumento procesal destinándose a la obtención de fines distintos de los que le son propios. El proceso es ontológicamente instrumental, no existe desligado de una finalidad concreta de carácter material o de derecho de fondo, de forma que su uso no se autojustifica y no “crea” el proceso mismo, como instrumento que es tiene una finalidad específica y ésta define su función en términos de medio a fin, el abuso del proceso partirá de una apariencia de licitud pues entraña la utilización anómala de un derecho subjetivo que “ab initio” es legítimo ¹².

Como principio general la concurrencia de la “*iusta causa litigandi*” excluye todo posible abuso del derecho a litigar. Cabe consignar que “*en la mayoría de los casos el abuso del proceso se concreta en el ejercicio de acciones infundadas, pero también se admite la posibilidad de que los daños y perjuicios ilegítimos se ocasionen como consecuencia de una oposición carente de base razonable a la pretensión deducida por el actor*”¹³. Las actuaciones contrarias a la buena fe, el fraude de ley y el abuso del derecho forman parte de lo que la doctrina a calificado como ilícitos atípicos¹⁴. Así, “*el abuso del proceso constituye una manifestación sui generis del abuso del derecho y presenta características propias consustanciales a su naturaleza adjetiva [...] en la relación conflictiva que deriva del abuso del derecho son dos particulares los enfrentados, el titular del derecho objetivo y el perjudicado por su ejercicio anómalo, en el abuso del proceso existe también una afectación del propio sistema judicial como mecanismo de resolución de conflictos*”¹⁵. Por su parte, “*la mala fe procesal implica la infracción de una norma [...] mientras que el abuso del proceso presupone un cumplimiento formal de esas normas*

¹¹ Sobre el particular COMANDUCCI, Paolo, “El abuso del Derecho y la interpretación jurídica”, revista de Derecho Privado, Nº 21, Bogotá, 2011.

¹² En relación al punto, nótese el contrapunto que sobre el particular anota Pablo RODRÍGUEZ GREZ, quien afirma “puede ejercerse legítimamente un derecho de mala fe, con el propósito de perjudicar, siempre que con ello se persiga la satisfacción de un interés protegido por el ordenamiento normativo”, en EL ABUSO DEL DERECHO Y EL ABUSO CIRCUNSTANCIAL, Editorial Jurídica, Santiago, 1999, pág.141.

¹³ MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, La Litigación Abusiva: delimitación, análisis y remedios. Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2017, pág. 71 y 72.

¹⁴ “actos que en principio no gozan de una definición muy precisa dentro del ordenamiento, que han ido irrumpiendo en lo social [...] y en la medida que han sido acreedores de sancionabilidad han ido adquiriendo entidad jurídica; son ilícitos por esto mismo, por ser susceptibles de sanción, y son atípicos, aun manteniendo el respeto a las reglas correspondientes, quedan deslegitimados por su falta de respeto a los principios que en dichas reglas pueden ser asumidas”, RODRÍGUEZ ADRADOS, El Fraude de Ley (ensayo de una dirección pluralista); Academia Matritense del Notariado, Madrid 1977, Vol. I, pág 391.

¹⁵ MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, ob. cit., p. 124 y 125.

procesales (porque si no, no habría abuso sino infracción legal) acompañado de una subversión ilícita de los principios rectores del procedimiento”¹⁶.

El criterio delimitador para determinar cuándo una actuación procesal es abusiva es que la facultad ejercitada contravenga sustancialmente los principios que la sustentan; la manifiesta falta de fundamento objetivo de la acción ejercitada o de la oposición de la misma. Existe un innegable nexo causal entre la falta de interés legítimo del demandante y la ausencia de iusta causa litigandi en la pretensión, *“cuando falta la razón derecha para litigar el justiciable carece de interés legítimo para impetrar la tutela judicial”¹⁷*, sino lo hay, la finalidad de esa tutela judicial es ilegítima por contrariar el ordenamiento jurídico, *“el interés legítimo es considerado condición de la acción”¹⁸*.

Finalmente, en esta escueta aproximación al tema, cabe consignar que el fenómeno de la ligación fraudulenta -como fraude procesal- excede los límites del estudio de los ilícitos anticompetitivos, puede darse entre particulares no dedicados a las actividades comerciales o empresariales y sin que necesariamente afecte a la libre competencia, que es aquella vertiente de su aplicación que es el objeto de este trabajo.

NORMAS CONSTITUCIONALES

El derecho al libre acceso a la tutela jurisdiccional -y que, paradójicamente posibilita el ejercicio abusivo del mismo- se basa en el interés superior de la justicia y del principio de igualdad de todos los habitantes del territorio nacional ante la legislación vigente, por lo que es un derecho garantizado en la carta fundamental, y en lo pertinente al tema en comentario¹⁹ la Constitución Política de la República, entre otras garantías constitucionales, asegura a todas las personas: *“La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. [...] La ley arbitrará los medios para otorgar*

¹⁶ MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, ob. cit., pág.125.

¹⁷ SOTO NIETO, Francisco: “Principios Éticos en el Proceso: el fraude y estafa procesales”, Revista de Derecho Privado, 1974, Vol. 58, Nº 10, p.903.

¹⁸ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando: “La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés”, Civitas, Madrid, 2003, pág. 16 a 19.

¹⁹ En el que se restringe el tema a los ámbitos de la responsabilidad civil extracontractual y del derecho regulatorio, dejando fuera las aristas penales.

asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. [...] Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado.”²⁰ “*La facultad de conocer de las causas civiles y criminales de resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. [...] 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 o asunto sometidos a su decisión*”²¹. El abuso del proceso se advierte también en la litigación ante los tribunales especiales que no forman parte del Poder Judicial, e igualmente en las instancias administrativas, así “*El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en terminar respetuosos y convenientes*”²², en que consiste el derecho de petición no sólo puede ser utilizado de manera abusiva y sino que también en perjuicio de terceros.

“Una economía es eficiente, cuando proporciona a sus consumidores la combinación de bienes y servicios que más desean, dados los recursos y la tecnología de la economía; y uno de los principales resultados es que los mercados competitivos asignan eficientemente los recursos”. CORVALÁN QUIROZ, Alejandro, Doctor en Economía, Universidad de Cantabria, España.

LA LIBRE COMPETENCIA

El derecho de la libre competencia como disciplina jurídica establece una forma de intervención estatal en la economía que tiene por objeto prevenir -ex ante- o corregir -ex post- una falla del mercado consistente en la falta de competencia, entendiéndose por ésta la concurrencia sin trabas y no distorsionada de los oferentes y demandantes al mercado en que se tranzan los bienes y servicios.

El presupuesto básico de los sistemas capitalistas es que el mercado -el mejor asignador de recursos-, funcione eficientemente y sin distorsiones. Utilizar correctamente los recursos escasos, es orientarlos hacia aquellos bienes y servicios preferidos y más valorados por la gente, de contrario habrá ineficiencia y desperdicio de recursos. La *eficiencia asignativa*, privilegia la producción de lo más valorado por los individuos, lo que los productores

²⁰ Artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República.

²¹ Artículo 76 de la Constitución Política de la República

²² Artículo 19 N° 14 de la Constitución Política de la República.

averiguan por la disposición de los consumidores a pagar un determinado precio -que es el punto donde se equilibra lo que los consumidores están dispuestos a comprar, con lo que los productores están dispuestos a producir-²³.

La economía funciona con modelos simplificados de interpretación de la realidad, la utopía de la existencia de mercados perfectos, es sólo una idea cuya utilidad radica en hacernos saber cuán lejos estamos de ella, y a medida que más nos alejamos de la idea de mercado competitivo, mayores serán las intervenciones que deberá hacer el estado para corregir esos fallos en él.

La normativa de libre competencia, busca que el mercado capitalista funcione conforme al inalcanzable modelo de la competencia perfecta, su fin inmediato es la eficiencia, y su fin mediato maximizar el bienestar de los consumidores expresado en el “*excedente del consumidor*” -que es la ganancia monetaria obtenida por éste al lograr comprar un producto en un precio de mercado menor al más alto que estaba dispuesto a pagar-²⁴. Protege el funcionamiento competitivo del mercado -no a las empresas en particular-, evitando fundamentalmente la implementación de acuerdos colusivos, restricciones verticales o implementación de barreras de entrada a los nichos de mercado -entre otros-, principalmente por parte de agentes de mercado con posición dominante, dado que éstos por su tamaño e importancia pueden no solamente distorsionar los mercados, sino que además por su poder económico pueden llegar a generar corrupción institucional y generar un proceso de desestabilización del sistema político.²⁵

En materia de libre competencia el análisis -ya sea para infracciones o para el control de fusiones- se hace en un mercado concreto, pero tomando como referencia un mercado ideal o perfecto el que idealmente conduce a los resultados más eficientes, y en el que no hay desperdicio de recursos pues los productores se dedican a producir los bienes y servicios que la gente más valora. Este mercado perfecto, se utiliza para orientar las políticas

²³ El precio es una medida de escases, si se está produciendo una cantidad alta de un bien o servicio el precio va a tender a bajar y si se está produciendo una cantidad escasa el precio va a tender a subir, y siempre se va a producir un equilibrio de mercado en que se iguala la oferta y la demanda bajo un determinado precio.

²⁴ “*Si la competencia está opacada por el engaño o por el error, si la competencia es sucia, se priva a los consumidores de la posibilidad de adoptar decisiones racionales en términos económicos, el mercado no cumple su papel de asignación eficiente de riqueza*”, *COMPETENCIA DESLEAL POR CULPA*. TAPIA RODRÍGUEZ., Mauricio, Revista Chilena de Derecho Privado Nº 29, Edición On-line, Santiago, dic.2017.

²⁵ Este tipo de fenómenos motivaron la dictación del Sherman Act en EEUU en el año 1890, primera manifestación de la legislación *antitrust*. Con el tiempo este tipo de normativa se extendió a la mayoría de los países del orbe, y se puede señalar en términos generales que en algunos países los ilícitos competitivos tienen sanción penal, y en otros, de carácter administrativo infraccional o administrativo sancionador, sin perjuicio de las acciones civiles indemnizatorias.

públicas respecto de la competencia, y que se caracteriza porque no hay poderes de mercado que incidan autónomamente en la determinación del precio ya éste se decide donde ocurre la intercepción de las curvas de oferta y demanda, están atomizadas la oferta y la demanda, hay libertad de entrada y de salida a los nichos de mercado, los bienes son relativamente homogéneos, y no hay asimetrías de información.²⁶

DENOMINACIÓN

El comportamiento leal de las partes al interior del proceso ha sido una preocupación [...] no [...] ajena a la actividad procesal desarrollada desde antiguo [...] en el derecho romano, en el derecho canónico y en el derecho común “se exigía a las partes la declaración jurada de litigar de buena fe *iusiurandum caliumnae*”²⁷. El principio de la buena fe procesal supone introducir un contenido ético en el ejercicio de la acción y a la actuación de los intervinientes al interior del proceso para producir un resultado socialmente adecuado, pues los derechos procesales considerados en abstracto -como una posibilidad de actuación autónoma y sin contenido específico-, son la base que pone de manifiesto su ejercicio abusivo. Esta desviación de los objetivos primigenios del proceso -la resolución de un conflicto real y de naturaleza jurídica que se produce actualmente entre partes-, hacia un escenario donde se ejercen acciones judiciales o administrativas, amparadas en última ratio en la inexcusabilidad de los tribunales de justicia y el ejercicio derecho de petición ante las autoridades administrativas, con el sólo fin de perjudicar a la parte contraria es lo que se denomina litigación fraudulenta. En este trabajo hemos escogido la denominación *SHAM LITIGATION*, por ser la empleada en la doctrina y derecho comparados para referirse al ejercicio de acciones jurisdiccionales y/o administrativas por parte de un agente de

²⁶ El monopolio es el otro extremo, un mercado donde hay solo un productor -monopsonio cuando es un solo consumidor-, que tiene un poder de mercado total y define el precio en ese mercado, expandiendo o reduciendo la cantidad de bienes y servicios que produce. Sabe que si produce menos el precio va a subir y si produce más el precio va a bajar, por tanto va a producir allí donde maximice sus beneficios, e iguale el ingreso marginal con el costo marginal, analizando el costo-beneficio que representa producir una unidad más y producirá hasta igualarlos (análisis marginalista). En general cuando se produce una unidad más, ésta es más cara que la anterior (costos marginales ascendentes), en el monopolio se produce el fenómeno inverso. El monopolio es un hecho natural, hay algunos mercados en los que mientras más unidades se producen más baratas me resultan, el costo medio de producción es descendente a medida que se aumenta la cantidad producida, lo que se denomina “economías de escala”, por lo que dos productores en el mismo mercado se estorbarían entre sí. Lo mejor para la sociedad en términos de no desperdiciar recursos y no duplicar esfuerzos, es que un solo productor se dedique a capturar todas las economías de escala, alcanzando el menor costo posible de producción. El problema radica en que ese mismo productor puede establecer el precio que quiera restringiendo o aumentando su producción a voluntad, por ello estos mercados monopólicos deben ser regulados por una agencia estatal que decida la cantidad que se producirá y fijará el precio, buscando imitar lo que ocurriría si se mercado fuese competitivo.

²⁷ El Principio de la Buena Fe Procesal, el Abuso del Proceso y El Fraude Procesal. PRIORI POSADA, Giovanni. Derecho y Sociedad 30, Asociación Civil, Perú, publicación electrónica.

mercado, en perjuicio de un competidor con el fin de eliminarlo del escenario en que ambos desarrollan sus actividades comerciales -competencia desleal-, o bien ejerciendo dichas acciones a objeto de impedir o dificultar el ingreso de nuevos agente al mercado, caso en el que actúa como una barrera de entrada -ilícito anticompetitivo-. En el fenómeno de la regulación de la competencia desleal en Chile, subyace la responsabilidad extracontractual del competidor desleal, la lesión del derecho subjetivo y del interés legítimo del competidor afectado -patrimonial puro o moral, y perseguible ante el juez civil-; este perjuicio difiere del daño anticompetitivo -o costo social neto- que acarrear las infracciones a la libre competencia, que como daño comportan una reducción tanto a la calidad como a la cantidad de los bienes y servicios que se transan en el mercado, generando una reducción en el “excedente del consumidor”.

CONCEPTO DE COMPETENCIA DESLEAL

Es deseable que exista un estado de permanente competencia entre los oferentes de bienes y servicios en el mercado de bienes y servicios, porque dicho estado produce beneficios para la masa de consumidores de tales productos. La tendencia natural entre los agentes de mercado no es enfrentarse entre sí, sino llegar a entendimientos que impidan los costos y riesgos que implica competir, y entonces aparecen los acuerdos colusorios o de fijación de precios, los carteles, la asignación de cuotas de mercado, etc., que son socialmente indeseables, por tal motivo se incentiva la competencia entre los productores, pero para que ésta cumpla su objetivo económico debe ser leal, honesta y transparente, pues sólo de esa manera logran evitarse las desviaciones de mercado que atentan contra la eficiencia y la eficacia en la asignación de los recursos, que son de suyo escasos.

La ley 20.169 que regula la competencia desleal, tiene por objeto proteger a competidores, consumidores y, en general a cualquier persona afectada en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal, y una conducta podrá ser calificada de tal conforme a sus disposiciones²⁸ aunque resulten aplicables a su respecto las disposiciones

²⁸ El ejercicio abusivo de acciones se ha extendido como se observa en el inciso 2° del artículo 51 de la ley 20.423 al sistema institucional para el desarrollo del turismo “*en los casos que corresponda, el ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente de mercado será sancionado de conformidad a lo establecido en la ley 20.169, sobre competencia desleal*”.

del D.L. 211 sobre Libre Competencia, las de la ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores, las de la ley 17.336 sobre propiedad intelectual o las de la ley 19.036 sobre propiedad industrial.²⁹

Definición: *“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 de mercado”*³⁰

En su artículo 4° la ley 20.169 establece una enumeración, que señala no ser taxativa, respecto de aquellos actos que serán considerados como competencia desleal, los que clasificaremos siguiendo en parte al profesor Mauricio Tapia Rodríguez, en:

A.- ACTOS DE CONFUSIÓN: *“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”* (artículo 4° literal a).

B.- ACTO DE ENGAÑO: *“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”* (artículo 4° literal b).

C.-ACTOS DE DENIGRACIÓN: *“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”* (artículo 4° literal c), y *“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”* (artículo 4° literal d).

D.- PUBLICIDAD COMPARATIVA: *“Toda comparación de los bienes, servicios, actividades o establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, cuando se funde en*

²⁹ Artículos 1° y 2° de la ley 20.169.

³⁰ Definición contenida en el artículo 3° de la ley 20.169. Cabe citar en el ámbito sudamericano el Decreto Legislativo N° 1044 de 26 de junio de 2008 que APRUEBA EN EL PERÚ LA LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL y que indica que se *“reprime todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo”* (Art. 1°) *“la determinación de la existencia de un acto de competencia desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización”* o *“acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial”*

un antecedente que no sea veraz y demostrable, o, cuando de cualquiera otra forma infrinja las normas de esta ley -20.169-” (artículo 4° literal e).

E.- INDUCCIÓN AL INCUMPLIMIENTO DE CONTRATOS: “Toda conducta que persiga inducir a los proveedores, clientes u otros contratantes a infringir los deberes contractuales contraídos con un competidor” (artículo 4° literal f).

F.- ACCIONES JUDICIALES: “*El ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente de mercado*” (artículo 4° literal g).

G.- ACTOS DE IMPOSICIÓN: “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 dependan significativamente e 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” (artículo 4° literal h).

H.- COMPORTAMIENTO ABUSIVO: “*El establecimiento o aplicación de cláusulas contractuales o conductas abusivas en desmedro de los proveedores, el incumplimiento sistemático de deberes contractuales contraídos con ellos o de los plazos dispuestos en la ley N° 19.983 para el cumplimiento de la obligación de pago del saldo insoluto contenido en la factura*” (artículo 4° literal i).

CULPABILIDAD REQUERIDA EN LA ILICITUD

La captación de clientes nuevos es un afán permanente de los oferentes y es expresión del éxito de su gestión comercial y de una mayor participación de mercado, por lo que siendo relativamente limitado el número de demandantes de un determinado producto, la desviación de la clientela entre los agentes de mercado es en general normal y lícita, ya que éstos serán capturados por aquél productor que presente un mejor desempeño en su rubro.

No obstante, si bien puede considerarse que el daño competitivo es perfectamente lícito³¹, está sometido a un doble límite para seguir siéndolo; así en primer término no puede provocarse daño competitivo afectando a la libre competencia y al sistema de libre mercado, y en segundo lugar no se pueden ocasionar daños injustos a los demás agentes de mercado que son competidores en ese nicho, mediante prácticas reñidas con las buenas costumbres o la buena fe.

El daño en la competencia desleal afecta directamente al competidor pero tiene también impacto en los consumidores³², *“con la competencia desleal los consumidores sufren las consecuencias de recibir productos o servicios que han triunfado en su preferencias por el engaño o la imprudencia, no siendo necesariamente los mejores ni los más baratos”*³³.

La Ley 20.169, contempla acciones declarativas -declaración de ilicitud-, acciones preventivas -cesación- y acciones reparatorias -en naturaleza o por equivalencia-; su artículo 6° confirma que la acción está reservada para el que ha sufrido daño, pero en las demás basta la mera amenaza: *“cualquiera que sea directa y personalmente amenazado o perjudicado”*³⁴, todas las acciones -declarativas, preventivas y reparatorias- exigen la concurrencia de competencia desleal, por tanto es fundamental analizar cuál es el tipo de intencionalidad que debe encontrarse presente en el ánimo del ejecutor de la conducta, será imprescindible para su calificación la presencia de un comportamiento doloso, o sólo se requerirá una conducta meramente negligente o sea culposa.

Es relativamente pacífico el hecho de que la regulación de la competencia desleal como ilícito discurre en nuestro país dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual, sin embargo respecto del tipo de “animus” que se exige en el hechor para que se configure dicha ilicitud, tanto la doctrina como la jurisprudencia han presentado posiciones

³¹ *“El daño causado accidental o negligentemente a los contrincantes está justificado en cuanto efecto colateral, secundario e inevitable del ejercicio de la libertad de competir, la que beneficia a los consumidores. La competencia legítima suele ser agresiva [...] las empresas deben sobreponerse a sus competidores mediante estrategias comerciales e instrumentos de mercado”*; ACERCA DE LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR ILÍCITOS ANTICOMPETITIVOS ENTRE RIVALES EN CHILE; BANFI DEL RIO, Cristián, Revista Chilena de Derecho, vol. Nº 1, pág. 37, 2014.

³² Siempre debe considerarse la figura del consumidor y la amenaza o perjuicio que se produce a sus legítimos intereses en esta figura, por ello el artículo 1° de la Ley 20.169 le reconoce protección. *“Con la competencia desleal los consumidores sufren las consecuencias de recibir productos o servicios que han triunfado en sus preferencia por el engaño o la imprudencia, no siendo necesariamente los mejores ni los más baratos”*, Tapia R., Mauricio, Ob. Cit. Con ello se afecta directamente al porcentaje de EXCEDENTE DEL CONSUMIDOR a que nos referimos anteriormente, y que le permite al consumidor adquirir el producto de que se trate en un precio porcentualmente menor al máximo que estaba dispuesto a pagar.

³³ El interés legítimo de los consumidores se percibe con claridad en las acciones de la Ley 20.169, pues sólo una de las acciones que concede atiende al daño (art. 5° letra d), otra eventualmente a la reparación en naturaleza (art. 5° letra c) y las restantes son de cesación del acto y declaración de licitud (art. 5° letras a y b) TAPIA R., Mauricio, Ob. Cit.

³⁴ Con lo que cabe la protección del consumidor.

antitéticas, enfrentándose en dos posturas principales³⁵, que para un mejor análisis confrontaremos desde la perspectiva doctrinaria.

La primera posición encabezada por el académico *CRISTIÁN BANFI DEL RIO*, señala que esta ilicitud requiere necesariamente un ánimo doloso por parte del ejecutor de la conducta, una particular disposición del ánimo que no se conforma con un mero actuar negligente, y que se identifica con una intención positiva de causar daño o injuria en la persona o propiedad de otro, por lo que se exigiría a *“todo evento la prueba de una conducta dolosa haciendo excepción al estatuto del derecho común y al principio general de que todo daño causado con culpa debe ser reparado, solo el malintencionado podría ser desleal y no el que incumple los deberes generales de prudencia y diligencia en la competencia”*³⁶. Así, aún con la escasa jurisprudencia que existe sobre la materia, la I. Corte de Apelaciones de Concepción señaló en la causa *MAQUIVAL-CHILE con ESERMA S.A.* en sentencia del año 2015 *“Las conductas para que sean calificadas como desleales deben tener un objetivo claro y preciso, cuál es desviar la clientela de un agente [...] el propósito claro de competencia desleal es desviar ilícitamente la clientela de terceros. Se trata de un acto deliberado, conducente a desviar clientela y, y por esto, revestido del carácter de mala fe o dolo”*. Por su parte, la Ex. Corte Suprema en sentencia de la causa *L’OREAL CHILE S.A. con ANASAC CHILE S.A.*, ha señalado que la competencia desleal es *“un acto o conducta contrario a la buena fe o a las buenas costumbres, lo que exige que se haya actuado mal intencionadamente, y que se haya ejercido por medio ilegítimos”*; por lo que la responsabilidad civil asume un carácter resarcitorio que entre los competidores no puede estar supeditado a la culpa ordinaria o desencadenar una responsabilidad estricta. El dolo -toda vez que en el marco de la competencia el daño al competidor es un presupuesto- delimita la aplicación del *“neminem laedere”*³⁷ y determina la licitud del comportamiento entre competidores³⁸, se encuentra al

³⁵ Aunque existen opiniones aisladas que la consideran *“ilícitos de peligro”*, que prescindirían de toda culpa o dolo, en este sentido los autores CONTRERAS y BERNET.

³⁶ TAPIA R., Mauricio, Ob. Cit.

³⁷ Principio de: *“no dañar a nadie”*.

³⁸ *“el dolo tiñe de ilicitud lo que de otro modo sería un comportamiento comercial legítimo, convirtiéndolo en un acto desleal o anticompetitivo[...]la responsabilidad civil entre competidores proviene de conductas ejecutadas con la intención de dañar, como un fin o como un medio para otro fin, también es posible imputar esta clase de responsabilidad cuando el autor del hecho se ha conducido con extrema imprudencia, toda vez que el artículo 44 del Código Civil asimila la culpa lata al dolo para todos los efectos en el derecho privado, incluyendo la responsabilidad contractual y extracontractual, la negligencia grosera es la categoría del derecho civil que equivale al dolo eventual propio del*

interior de la misma conducta anticompetitiva, y se descubre al verificarse un nexo causal entre el hecho mismo y el daño soportado por el competidor, éste un perjuicio específico y distinto del causado al mercado o al conjunto de los consumidores. La dificultad estriba en que la acreditación del comportamiento doloso es necesariamente indirecta y se colige de la conducta del hechor, por el mecanismo de las presunciones judiciales.³⁹

La jurisprudencia chilena -señala Banfi- exige el dolo⁴⁰ como supuesto del acto desleal: *“la participación de un agente de mercado -extraño al contrato, pero inmerso en la misma actividad de alguno de los contratantes- en las circunstancias que contribuyen, propenden o configuran el incumplimiento contractual de un cliente o de un usuario en desmedro de un competidor, se encuentra dotada de igual connotación de ilicitud, y, en todo caso, debe estimarse contraria a la buena fe o a las buenas costumbres mercantiles [...] el resultado inevitable de dichos actos de competencia, ejercido por medios ilegítimos, se traduce inevitablemente en el resultado lesivo que identifica a esta clase de ilícitos [...] desviar la clientela de un agente de mercado a otro”*⁴¹; *“la relación entre (quien se retiró de la sociedad) con la demandada da cuenta, sin duda alguna, de una conducta que se subsume plenamente en el artículo 3° de la ley 20.169, ya que teniendo éste la calidad de representante legal de la demandante figura con poder ante el banco para realizar operaciones a favor de la demandada, facultad de la que por cierto se deduce que la demandada ha actuado en forma concertada y con conocimiento de los hechos”*⁴²; *“es necesario que concurra dolo al menos eventual. En efecto, el artículo 3° de esa Ley*

derecho penal e implica conducirse con total desconsideración hacia los intereses ajenos”. ACERCA DE LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR ILÍCITOS ANTICOMPETITIVOS ENTRE RIVALES EN CHILE; BANFI DEL RIO, Cristián, Revista Chilena de Derecho, Vol. 41 N° 1, pág. 37-58 (41).

³⁹ *“consideramos relevante insistir, desde una perspectiva sistémica, que esta novel área de la responsabilidad aquiliana debe quedar confinada a las conductas dolosas o, en el mejor de los casos, gravemente negligentes. En suma, si se quiere mantener un equilibrio entre la libertad de competencia y la responsabilidad civil, el estándar de imputación de ésta última tiene que ser el dolo o la culpa lata que corresponde a la desconsideración o imprudencia temeraria hacia los intereses ajenos.”*; BANFI DEL RIO, Cristián; BANFI DEL RIO, Cristián; Ob. cit., (43)

⁴⁰ *“La responsabilidad que emana de los ilícitos anticompetitivos exige dolo, sea directo o eventual, o al menos culpa grave, si fuese suficiente la imprudencia o rigiera una responsabilidad estricta, la libertad económica de los agentes comerciales involucrados podría resultar vulnerada, por lo que un modo de lograr el equilibrio es exigir de las víctimas probar que el daño provino de un comportamiento deliberado o ejecutado con total desconsideración a los demás”, El DOLO COMO CONDICIÓN ESENCIAL PARA ATRIBUIR RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL: BREVE REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL. BANFI DEL RIO, Cristián, Universidad de Chile, Repositorio, pág. 871.*

⁴¹ Rol N° 12216-2007, Segundo Juzgado Civil de Santiago, considerando 29°. Copec v/s Capdevilla.

⁴² Rol N° 11535-2008, Vigésimo Juzgado Civil de Santiago, considerando 15°. Imperial Travel v/s Imperial Tour.

(20.169) exige que la conducta sea contraía a la buena fe o a las buenas costumbre: Lo contrario u opuesto a la buena fe es la mala fe y la mala fe es el dolo. El entendido anterior es, además, el más razonable considerando que competir es lícito y la consecuencia de la competencia entre los oferentes, que es arrebatarse clientela también lo es. En este sentido esta sentenciadora comparte en términos generales la doctrina del autor don Cristián Banfi (*Responsabilidad civil por competencia desleal. Estudio de derecho chileno y proporcionada por la demandada al Sernac [...] fue abiertamente falsa, con la intención y ánimo de engañar, puesto que dicha Comercial no podía sino saber que no tenían stock de los útiles de Artel que ofrecía a un precio muy inferior al valor de mercado de ese producto y por lo tanto no podría venderlos, esto con el fin de atraer al público hasta sus dependencias [...] ha perseguido el aprovechamiento de la reputación que la marca Artel tiene en el mercado especialmente de los útiles escolares, atrayendo con ello clientela a su local*)⁴³; “la competencia desleal se configura mediante actos concretos en que medie la intención de inducir a los clientes o proveedores de la competencia a infringir sus obligaciones contractuales”⁴⁴. El Profesor Banfi, concluye señalando que “nuestros jueces califican a estos ilícitos como actuaciones dolosas” se trataría como afirma la Corte de Apelaciones de Concepción en el Rol 547-2104, considerando 6°: “de un acto deliberado conducente a desviar clientela y, por esto, revestido de mala fe o dolo”. El dolo entonces - según este autor- aparece como una “condición para imputar responsabilidad, pues representa el ejercicio abusivo de la libertad de competir. Esta causal de justificación desaparece si el daño -atracción de clientela o incremento de cuota del mercado por medios reñidos con la ética y la juricidad comercial- es infligido intencionalmente, y; esta jurisprudencia define el dolo en términos estrictos, lo que parece adecuado, pero somete su prueba a un estándar excesivo, emulando aquel que rige en el proceso penal requiriendo poco menos que la confesión judicial espontánea del demandado”⁴⁵. El propio autor apunta hacia que la principal dificultad de esta postura doctrinaria -considerada en términos absolutos- es la dificultad de la prueba del dolo como factor absoluto para lograr atribuir responsabilidad en la ilicitud en comento.

⁴³ Rol N° 21140-2014, Vigésimo Segundo Juzgado Civil de Santiago, considerandos 20° y 23°. Artel v/s Dimeiggs.

⁴⁴ Rol N° 5051-2012, Sexto Juzgado Civil de Santiago, considerando 24°. Comercial Lo Espejo Maquinarias y Equipos S.A. v/s Automotriz Autocar S.A.

⁴⁵ BANFI DEL RIO, Cristián, Universidad de Chile, Ob. cit., pág. 875.

La segunda posición doctrinaria que encabeza el académico MAURICIO TAPIA RODRÍGUEZ, señala que el ilícito de competencia desleal puede también ser cometido con culpa y no exclusivamente con dolo. En ninguna de sus disposiciones la ley 20.169 indica una excepción al derecho común en orden a que en materia de competencia desleal sólo se respondería por dolo y no por negligencia ordinaria (culpa leve). La definición considera como acto de competencia desleal a “*toda conducta*”, por lo que si el legislador hubiese querido aludir a una actuación dolosa, le hubiese bastado con calificar la conducta como “*deliberada*” o “*dolosa*”, pero no lo hizo, y al calificar la conducta como “desleal” sólo se refirió a su sentido natural y obvio: el incumplimiento de las leyes de fidelidad, de la que no existe definición legal, por lo que parece posible que se puede ser desleal por mera negligencia, “*si bien no existen deberes especiales entre competidores, ello no significa que queden al margen de los deberes generales de prudencia y diligencia que gravan a todos en cualquier actividad (culpa leve, cuya infracción puede configurar un ilícito de competencia desleal [...] es jurídicamente concebible que se viole la lealtad por imprudencia leve*”⁴⁶; por lo que una denominación ambigua no puede ser suficiente para justificar el dolo como requisito de la ilicitud. El concepto de buena fe que se incluye en la definición está referido a los “usos”, configurando un patrón objetivo de comportamiento, valorado según la culpa civil, sin exigir intención ni invocar un comportamiento doloso. Se sigue de la historia fidedigna del establecimiento de la normativa en comento, que no se incluyó la noción de buena fe en un sentido subjetivo, como antónimo del dolo o la mala fe, sino que los antecedentes dan cuenta de una invocación a los usos comerciales honestos y razonables; la mala fe no equivale al dolo y se puede estar de mala fe por ser negligente sin ser malintencionado, la conducta desleal contraria a la buena fe no es exclusivamente dolosa y puede configurarse por una actuación negligente. En cuanto a la noción de buenas costumbres la experiencia comparada se centra en el control de las malas prácticas comerciales y alude a las prácticas comerciales aceptables y razonables en la competencia, conforme al patrón abstracto de comportamiento diligente del derecho común propio de la culpa civil. Los medios ilegítimos son la materialización de la actuación desleal⁴⁷, no

⁴⁶ TAPIA R., Mauricio, Ob. Cit.

⁴⁷ “*la exigencia de medios ilegítimos, en rigor, no constituye un requisito adicional para configurar la competencia desleal, desde que todo acto contrario a la buena fe o a las buenas costumbres se valdrá de medios ilegítimos para desviar clientela, por lo que ha de entenderse como una reiteración (innecesaria) que*

apuntan a un elemento intencional, sino solo a conductas que contrarían la buena fe o las buenas costumbres, tal como todo acto específico de quien infringe un parámetro objetivo de conducta, como ocurre con la valoración de la negligencia en el Derecho Civil, tampoco aluden a una conducta dolosa, sino que se refieren a estándares de comportamiento reconducibles a la culpa. Perseguir desviar clientela de un agente de mercado, es no obstante formar parte de la descripción del ilícito parte de las reglas del juego en el mercado, siendo socialmente beneficioso, y solo es reprochable en infracción a los usos comerciales honestos. En esta óptica, *TAPIA*, además de oponer las reglas generales del derecho común que indicarían que cuando el legislador requiere de dolo en la conducta del hechor lo señala de manera directa, tiene la virtud de morigerar la dificultad que mantiene la primera en cuanto a la prueba de la culpabilidad, que es aquí evidentemente menor.

EL ILÍCITO ANTICOMPETITIVO

El DL 211⁴⁸ que “FIJA NORMAS PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA”, señala en su artículo 1º que: *“tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados”*, se trata pues de una normativa orientada a la regulación del comportamiento de los agentes intervinientes en el fenómeno económico en el que el mercado consiste, y que pretende proteger a principal herramienta que hace posible el comportamiento transparente del mercado, transformándolo en el escenario en que más eficiente y eficazmente se asignan los recursos siempre escasos en el flujo económico.

Al derecho público, le corresponde generar los instrumentos regulatorios que permitan anticiparse a las desviaciones que puedan ser originadas por el influjo de aquellos agentes, que por haber tenido éxito en el fenómeno competitivo detentan una posición dominante en

apunta a que los actos de competencia desleal deban ser contrarios al nivel de corrección que exige la ley, lo que ocurrirá al materializarse a través de medios ilegítimos”, causa Parfums Christian Dior con Garmont Perfumes S.A., Corte Suprema, año 2015.

⁴⁸ El DL 211, se publicó en la edición N° 28.733 del Diario Oficial el 22 de diciembre de 1973, y su versión refundida coordinada y sistematizada se fija por el D.S. N° 511 de Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de 27 de octubre de 1980, y ha sido modificado por las leyes N° 18.118 de 22/05/1982, N° 19.336 de 29/09/1994, N° 19.610 de 19/05/1999, N° 19.806 de 31/05/2002, N° 19.911 de 14/11/2003, N° 20.088 de 5/01/2006 N° 20.945 que “Perfecciona el sistema de la libre competencia” de 30/08/2016.

el mercado⁴⁹. La autoridad pública no sólo debe ocuparse de generar los instrumentos legales correspondientes, sino que debe además implementar las instancias de fiscalización necesarias para pesquisar el incumplimiento de la normativa regulatoria y los organismos de jurisdicción competentes para conocer de las infracciones y sancionarlas⁵⁰; así *“Corresponderá al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y a la Fiscalía Nacional Económica en la esfera de sus respectivas atribuciones, dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados”*, según lo prevenido por el artículo 2° del DL 211.

DEFINICIÓN DE LA CONDUCTA ANTICOMPETITIVA

La tipificación de las conductas anticompetitivas se consagran el artículo 3° del DL 211, que dispone: *“El que ejecute o celebre individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención, que impida restrinja a 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. Se considerarán entre otros, como hechos actos o convenciones que impide restringen o entorpecen la libre competencia o que tiendan a producir dichos efectos, los siguientes:*

- a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.*

⁴⁹ *“Existe la necesidad de una regulación especial de derecho público que salvaguarde ex ante la competencia contra los abusos de poder económico e imponga obligaciones positivas y sanciones cuasi penales a los contraventores [...] el derecho administrativo juega un papel principal en la defensa de la competencia y al derecho privado le corresponde una misión más bien marginal, las normas que protegen la libre competencia integran el derecho público, cuyo objeto de preocupación primordial son los consumidores y el mercado, no los adversarios individualmente considerados”*; BANFI DEL RIO, Cristián, Ob. Cit.

⁵⁰ *“el derecho de la competencia es una disciplina política, pues al autoridad pública encargada de su cumplimiento usando limitados recursos fiscales y descartando la persecución de conductas cuyo impacto anticompetitivo es intrascendente, selecciona y sanciona los ilícitos de mayor connotación social, que representan una grave amenaza para los consumidores y el mercado”*; BANFI DEL RIO, Cristián, Ob. Cit.

- b) *La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos de una posición dominante de mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.*
- c) *Las prácticas predatorias o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementa una posición dominante.*
- d) *La participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director de dos o más empresas competidoras entre sí, siempre que el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las referidas empresas, tenga ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las cien mil unidades de fomento en el último año calendario. Con todo, sólo se materializará esta infracción si transcurridos noventa días corridos, contados desde el término del año calendario en que fue superado el referido umbral, se mantuviere la participación simultánea en tales cargos.”*

Respecto de las sanciones, el ya referido artículo 26 del DL 211, señala que en la sentencia definitiva el Tribunal de la Libre Competencia “podrá adoptar alguna de las siguientes medidas: a) *Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley;* b) *Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios sistemas o acuerdos a que se refiere la letras anterior;* c) *Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente al treinta por ciento de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el periodo por el cuál ésta se haya extendido o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción. En el evento que no sea posible determinar las ventas ni el beneficio económico obtenido por el infractor, el Tribunal podrá aplicar multas hasta por una suma equivalente a sesenta mil unidades tributarias anuales. Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo. Las multas aplicadas a personas naturales no podrán pagarse por la persona jurídica en la que ejercen funciones ni por los accionistas ni socios de la misma. Asimismo, tampoco podrán ser pagadas por cualquier otra entidad*

perteneciente al mismo grupo empresarial en los términos señalados por el artículo 96 de la ley N° 18.045, de Mercado de Valores⁵¹, ni por los accionistas o socios de éstas. En el caso de las multas aplicadas a personas jurídicas, responderán solidariamente del pago de las mismas sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieren participado en la realización del mismo. Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en caso de que lo hubiese; la gravedad de la conducta, el efecto disuasivo, la calidad de reincidente por haber sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez años, la capacidad económica del infractor y la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación; d) En el caso de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3°, podrá imponer, además, la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la administración centralizada o descentralizada del Estado, con organismos autónomos o con instituciones, organismos, empresas o servicios en los que el Estado efectúe aportes, con el Congreso Nacional y el Poder Judicial, así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado, hasta por el plazo de cinco años contados desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada; e) en la caso de la conducta prevista en la letra a) del artículo 3° bis, podrá aplicar una multa a beneficio fiscal de hasta 20 unidades tributarias anuales por cada día de retardo contado desde el perfeccionamiento de la operación de concentración. La aplicación de las sanciones previstas en este artículo, será compatible con aquellas de carácter penal establecidas en la presente ley y con la determinación de indemnización de perjuicios que prevé el artículo 30 (del DI 211).”

De tal manera, las conductas anticompetitivas de los agentes del mercado dan lugar a una responsabilidad de índole infraccional o contravencional, que debe ser impuesta al hechor con apego al principio de legalidad y a las normas constitucionales del debido

⁵¹ La referida norma dispone en su inciso 1° que “Grupo empresarial es el conjunto de entidades que presentan vínculos de tal naturaleza en su propiedad administración o responsabilidad crediticia que hacen presumir que la actuación económica y financiera e sus integrantes está guida por los intereses comunes del grupo o subordinada a éstos, o que existen riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorgan o en la adquisición de valores que emiten.”

proceso; pero que también originan responsabilidad civil para el infractor⁵², y además pueden llegar a irrogarle responsabilidad penal, en tanto que su conducta se adecue al tipo descrito en el artículo 62 inciso 1° del DL 211.⁵³

Como se indica supra, existen tres ámbitos de responsabilidad posibles de analizar en el ilícito anticompetitivo regulado por el DL 211, por lo que cabe preguntarse por el tipo de culpabilidad necesaria para que se configure la responsabilidad infraccional considerada en sí misma, el respecto señala Banfi: *“El DL 211 define la conducta anticompetitiva como aquella cuyo objeto o efecto es impedir restringir o entorpecer la libre competencia, y ese propósito es forzosamente deliberado y su fin es eliminar a actuales competidores u obstruir el ingreso a futuros rivales.[...]El acto anticompetitivo y las sanciones aparejadas al mismo son cualitativamente equivalentes a los ilícitos penales, por lo que no cabe presumir la responsabilidad infraccional, es necesario observar el principio non bis in idem y el castigo tiene que ser proporcionado al ilícito. Esta clase de responsabilidad presupone un factor de imputación subjetivo que es el dolo, la Corte Suprema ha declarado que la intención de restringir o entorpecer la libre competencia es consustancial al ilícito anticompetitivo[...]la prueba del dolo es compleja[...]el elemento decisivo es si el daño proviene de un acto de competencia legítima o, por el contrario, del abuso de la libertad de competir [...] el dolo ínsito en el ilícito anticompetitivo, consiste en la intención de causar detrimento al mercado y a los consumidores, y no a uno o más individuos[...]*”⁵⁴

⁵² El artículo 30 del DL 211 dispone “La acción de perjuicios a que haya lugar con motivo de la dictación por el Tribunal de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá ante se mismo Tribunal y se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario establecido en el Título XI del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil. Las resoluciones dictadas en este procedimiento, salvo la sentencia definitiva, sólo serán susceptibles del recurso de reposición, al que podrá darse tramitación incidental o ser resuelto de plano. Sólo será susceptible del recurso de reclamación, para ante la Corte Suprema, la sentencia definitiva. Al resolver la acción de indemnización de perjuicios, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia fundará su fallo en los hechos establecidos en la sentencia que sirva de antecedente a la demanda. El Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. La indemnización de perjuicios comprenderá todos los daños causados durante el periodo en que se haya extendido la infracción. La indemnización de perjuicios comprenderá todos los daños causados durante el periodo en que se haya extendido la infracción. La acción de indemnización de perjuicios derivados de los acuerdos sancionados en el Título V de la presente ley se sustanciará conforme a lo establecido en este artículo, y respecto de ellos no podrán interponerse acciones civiles en el procedimiento penal”.

⁵³ “El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de compra o de venta de bienes y servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, repartir o asignar cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo”. Artículo 62 inciso 1° DL 211.

⁵⁴ BANFI DEL RIO, Cristián, Ob. Cit.

SHAM LITIGATION COMO ILÍCITO ANTICOMPETITIVO

La litigación fraudulenta es descrita como un acto de competencia desleal en el literal g) del artículo 4° de la Ley 20.169, al señalar que consiste en: *“El ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente de mercado”*; lo que claramente circunscribe el ilícito al menos en dos márgenes, el primero es que sólo cabe ser ejercida como una acción⁵⁵ ante órganos que ejerzan jurisdicción en calidad de tribunales de justicia⁵⁶, y en segundo término sólo compete a los productores de bienes y servicios, quienes son los denominados agentes de mercado en calidad de oferentes. Se trata del establecimiento de un ilícito que persigue la protección de los intereses individuales de cada agente de mercado frente a sus competidores directos, se desarrolla en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y, entonces, la persecución de esta ilicitud es de competencia de los tribunales ordinarios de justicia en lo civil.

Como hemos señalado anteriormente, el artículo 1° del DL 211 expresa que este cuerpo normativo: *“tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados”*, por lo que establece un tipo infraccional genérico⁵⁷ que dispone: *““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”*; en cuyo órbita pueden encontrarse conductas de la más diversa naturaleza dadas las expresiones *“cualquier hecho, acto o convención”* y la frase *“se considerarán entre otros”* que precede a la descripción efectuada en los literales a), b), c) y d) de la referida disposición, por lo que pueden existir otras conductas diferentes a las descritas, y no restringirse exclusivamente a los oferentes o agentes de mercado, sino que teóricamente ampliarse al ejercicio de la demanda por los consumidores.⁵⁸

¿Cómo relacionamos entonces a la litigación fraudulenta y sus características previamente referidas con el ilícito anticompetitivo descrito en el artículo 3° del DL 211?:

⁵⁵ Teóricamente también podría ser ejercida como excepción, sin embargo el argumento de texto impide -a nuestro entender- esta posibilidad la legislación nacional.

⁵⁶ Esta limitante impide -en nuestro concepto- considerar las instancias administrativas, que en teoría si pueden ejercerse con el fin único de afectar a un competidor directo en el mercado.

⁵⁷ Sin perjuicio del ilícito penal del artículo 62 del mismo cuerpo normativo, y de la responsabilidad civil derivada de lo infraccional y de lo punitivo.

⁵⁸ Tema al parecer no muy explorado que excede el objetivo de este trabajo.

por medio de lo dispuesto en el literal c) de la precitada disposición, que luego de las disyunción “o” que antecede a las “prácticas predatorias”, se refiere a las de “competencia desleal” y que como ya hemos señalado se encuentra descrita en el literal g) del artículo 4° de la Ley 20.169 como uno de los actos de competencia desleal, verbigracia: “*El ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente de mercado*”.

Establecida la relación, es menester señalar que distinguiremos acá entre la litigación abusiva como un acto de competencia desleal, restringida a intereses individuales entre agentes competidores en un determinado mercado, de naturaleza extracontractual y de conocimiento de la justicia ordinaria a petición del directamente afectado por ella; de lo que denominamos “*Sham Litigation*” como fenómeno anticompetitivo, por considerar que se trata de un concepto más amplio que no se restringe a los intereses individuales de los agentes del mercado, sino que por el contrario busca la protección de intereses generales, que no se limita únicamente a acciones ejercidas ante tribunales de justicia sino ante cualquier órgano que ejerza la jurisdicción -entendida ésta en su sentido amplio-, y que comprende todas las instancias administrativas; cuya sanción se persigue en nuestro país ante un órgano jurisdiccional especializado -el Tribunal de la Libre Competencia-, fundamentalmente -pero admitiendo acción privada- por un órgano persecutor igualmente especializado -la Fiscalía Nacional Económica-, y que no se afina en la responsabilidad extracontractual, sino que generalmente en la infraccional ⁵⁹.

Finalmente, a este respecto, cabe mencionar que el ya analizado enfrentamiento doctrinario surgido entre los autores *Cristián Banfi del Rio* y *Mauricio Tapia Rodríguez*, referido a la forma dolosa o meramente culposa con el que cabe el cometimiento de los actos de competencia desleal de la ley 20.169, se diluye -aunque sólo en referencia a este particular acto- respecto del “ejercicio abusivo de acciones judiciales” del literal g) del artículo 4° del precitado cuerpo normativo; respecto del que *Tapia* señala: “*SIN DUDA QUE ESTE ILÍCITO ES MAS PROPIO DEL DOLO*”.⁶⁰

⁵⁹ Sin perjuicio de la responsabilidad penal establecida en el artículo 62 del DL 211, y de la responsabilidad civil indemnizatoria de competencia del TDLC.

⁶⁰ Tapia Rodríguez, Mauricio. Ob. Cit.

Así, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, ha conocido de la existencia de acciones interpuestas por *Sham Litigation* como ilícito anticompetitivo, fundamentalmente en los siguientes fallos:

SENTENCIA N° 46/2006 fechada el 28 de noviembre de 2006, en relación a la demanda interpuesta por LABORATORIOS RECALCINE S.A. en contra de LABORATORIOS NOVARTIS CHILE S.A., al haber incurrido en prácticas atentatorias en contra de la libre competencia con objeto de mantener su posición dominante en el mercado, ejerciendo para ello en forma abusiva diversas acciones judiciales y administrativas como barrera a la entrada de un producto de RECALCINE. En el numeral 1.3 indica que NOVARTIS contaba con registro sanitario de su medicamento GLIVEC y que obtuvo patente de invención. “Inmediatamente inició una serie de acciones judiciales y administrativas con el objeto de impedir o entorpecer el otorgamiento de los registros sanitarios solicitados por RECALCINE, las que detalla latamente.; en el numeral 1.4 indica la actora que *“esta conducta constituye un uso abusivo de las acciones judiciales y administrativas que concede la ley, instrumentalizadas con el fin de impedir la competencia en el mercado relevante y mantener la posición dominante que detentaría la demandada, vulnerando las normas que amparan la libre competencia”*; en el numeral 1.7 añade que las patentes *“serían usadas como barrera de entrada, mediante acciones administrativas y judiciales, impidiendo o retrasando que laboratorios nacionales comercialicen productos farmacéuticos genéricos o similares, produciendo un monopolio de facto, prolongando en forma ilegal el privilegio de la patente, desvirtuando el régimen de propiedad intelectual y de la libre competencia”*; en el numeral 1.8 califica estas conductas *“como una abuso de posición dominante a través de prácticas exclusorias, obstaculizando la entrada de otros oferentes mediante barreras artificiales, específicamente el abuso del derecho [...] que define como el uso innecesario e ilícito de instituciones procesales [...] para retardar e impedir la entrada al mercado de nuevos competidores que afecten una posición de dominio”*; en el numeral 1.9 afirma que las acciones de NOVARTIS *“tuvieron como efecto retrasar durante dos años los registros sanitarios solicitados por la demandante, cuando usualmente sólo toma noventa días”*. En su contestación NOVARTIS señala en el numeral 2.1 que *“las acciones judiciales y administrativas ejercidas contra RECALCINE son razonables, proporcionadas y plenamente justificadas, siendo legítimo proteger sus*

derechos de propiedad intelectual, industrial y de información no divulgada como inventor”; en el numeral 2.8 indica que la demanda de nulidad de derecho público que interpuso *“pretendió obtener la suspensión y rechazo de la solicitud mientras el tema de fondo, la posible infracción a la propiedad intelectual, se discutía en otros foros, lo que sería un fundamento plausible, legítimo y justificado para iniciar la acción”*; en los numerales 2.9 y 2.10 indica que efectuó consultas a la Contraloría General de la República e interpuso un recurso de protección en contra del ISP; en el numeral 2.1 indica *“que pretender que estas acciones puedan calificarse como barreras artificiales a la entrada para impedir a RECALCINE entrar al mercado”*; en los numerales 2.12 y 2.13 indica que las medidas judiciales sólo han suspendido aproximadamente dos meses la tramitación de los registros sanitarios secundarios solicitados por RECALCINE al ISP y que NOVARTIS no es responsable de la demora en otorgar esos registros; señala que la demanda pretende *“restringir la posibilidad de que NOVARTIS invoque la protección de datos de su producto GLIVEC”* pues la ley de propiedad de propiedad industrial impide ejercer ese derecho a los condenados por conductas contrarias a la libre competencia; en el numeral 2.16 citando doctrina comparada indica *“los criterios usados para calificar como abusivo el ejercicio del derecho, resaltando como requisito que la conducta debe tener el propósito deliberado de causar daño, aun cuando tenga motivo lícito para accionar; que ello debe ser acreditado, y que no debe realizarse un pronunciamiento sobre el fondo del problema, a riesgo de inmiscuirse en materias que son de competencia de otros tribunales, y sólo debe analizarse si, para cada acción, se cumplen los criterios que cada ordenamiento establece”*; en los numerales 2.17, 2.18 y 2.19 indica que no existe dolo en su conducta, que no se han producido efectos anticompetitivos en el mercado; en el numeral 2.21 manifiesta que *“el estándar para calificar el ejercicio de los derechos constitucionales de acción o petición como abusivos es sumamente restrictivo”*. El Tribunal no acoge las objeciones a la prueba documental y respecto del fondo señala en el considerando NOVENO que *“no corresponde a este Tribunal pronunciarse respecto de mérito individual de cada una de las acciones interpuestas por NOVARTIS [...] o de las medidas precautorias dictadas en cada uno de dichos procesos, por ser de incumbencia de cada sede administrativa y/o judicial ante las que se encuentran radicados, y en el considerando DÉCIMO indica “lo anterior no inhibe al Tribunal para pronunciarse respecto del*

conjunto de acciones interpuestas, analizadas en forma global como una estrategia procesal, en cuanto a sus posibles efectos respecto de la libre competencia”; en el considerando UNDÉCIMO señala “la cuestión objeto del litigio es determinar si la interposición de estas acciones constituyó una conducta que atenta contra la libre competencia, con el objeto de bloquear o retrasar la entrada de un competidor o, por el contrario, si fue una vía razonable para defender la exclusividad derivada de su patente de invención”, lo que desarrolla latamente desde el considerando DUODÉCIMO hasta el VIGÉSIMO CUARTO y en el considerando VIGÉSIMO QUINTO indica que las acciones señaladas “no tuvieron efecto procesal ni material”, por lo que en el considerando VIGÉSIMO SEXTO concluye “Que existió una duda razonable respecto de la real composición de la sustancia importada por RECALCINE [...] por lo que no es posible inferir que las acciones administrativas y judiciales interpuestas por NOVARTIS en contra de RECALCINE hayan tenido por objeto exclusivo impedir o retardar el ingreso de un competidor, a pesar de haber tenido ese efecto, y en consecuencia no pueden ser calificadas como contrarias a la libre competencia” y en el considerando VIGÉSIMO SÉPTIMO indica que “las acciones intentadas por NOVARTIS con posterioridad [...] no se ha acreditado impedir o retrasar la comercialización del medicamento [...] de RECALCINE, por lo que tampoco serán calificadas como contrarias a la libre competencia”. En la resolución luego de rechazar las objeciones a la prueba documental el Tribunal decidió RECHAZAR la demanda interpuesta por LABORATORIOS RECALCINE S.A. en contra de LABORATORIO NOVARTIS CHILE S.A., sin costas. Resolución que se acordó con el voto disidente del Ministro Sr JARA quien estuvo por acoger la demanda. La CORTE SUPREMA en el Rol N° 6667-2006 conociendo del recurso de reclamación interpuesto por LABORATORIOS RECALCINE S.A., indica en el considerando 13°) que la rigurosidad de los razonamientos efectuados por el TDLC “determinan que esta Corte también llegue al convencimiento de que las actuaciones reprochadas no pueden ser estimadas constitutivas de infracción al artículos 3° letra c) del DFL N°1 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL 211, de 1973, como lo pretende la demandante en su recurso de reclamación, por lo que resuelve RECHAZAR la reclamación interpuesta.

SENTENCIA N° 83/2009 de fecha 30/01/2009, referida a la demanda deducida por TELMEX SERVICIOS EMPRESARIALES S.A., en contra de COMPAÑÍA DE TELECOMUNICACIONES DE CHILE S.A., por supuesto abuso sistemático de procedimientos administrativos y judiciales ejecutados con objeto de mantener o incrementar su posición dominante e impedir o al menos postergar el ingreso de una tecnología que compite directamente con el servicio público telefónico que ésta presta. En el numeral 1.1 se indica que la actora señala que *“ha sido objeto de una serie de actos de obstaculización por parte de Telefónica CTC, todos ellos bajo la apariencia de acciones judiciales, administrativas o recursos, pero que han sido ejercidos de manera abusiva con el evidente objeto de perjudicar a TELMEX e impedir o al menos postergar, la entrada al mercado de esta nueva tecnología”*, en el numeral 1.2 se indica que la Ley General de Telecomunicaciones otorga dos vías para impugnar los actos administrativos del Ministro de Transportes y Telecomunicaciones: (i) una vía ante la propia autoridad administrativa, que es el recurso especial de reclamación; y (ii) otra que es un recurso contencioso-administrativo especial, por el que la Corte de Apelaciones pasa a controlar los actos de la administración y *“el legislador fue especialmente cuidadoso en: (i) incorporar como requisito previo a la interposición del recurso contencioso administrativo, el agotamiento de la actividad recursiva ante la autoridad administrativa -dado que el recurso ante la Il. Corte de Apelaciones sólo se interpone en contra de la solicitud que rechaza el recurso de reclamación- ; y (ii) establecer un mecanismo eficaz y rápido de control de la actividad administrativa, sujetando el recurso contencioso administrativo a las normas de tramitación establecidas en el recurso de protección”* señala que el abuso de procedimiento se cometió a nivel administrativo y contencioso-administrativo; en el numeral 1.4 señala *“desde el punto de vista administrativo y del derecho procesal, ningún litigante razonable podría sostener seriamente que un recurso jurisdiccional extraordinario como el recurso de casación en la forma, pudiere proceder en contra de una resolución de carácter administrativo [...] el recurso [...] interpuesto, tuvo como único objeto retardar la tramitación del procedimiento administrativo de esta manera retardar la incorporación de un nuevo actor al mercado”*; en el numeral 1.5 se indica que CTC interpuso ante la SUBTEL un recurso de reposición con apelación en subsidio, en tanto que solo era procedente un recurso de reposición administrativa y recurso jerárquico,

intentando introducir un recurso jurisdiccional ordinario, no procedente respecto de actos administrativos *“al momento de resolver estos recursos habían transcurrido aproximadamente 3 meses sin que la Il. Corte de Apelaciones pudiera recibir el único recurso contencioso administrativo procedente y darle curso progresivo”*; en el numeral 1.9 agrega que *“paralelamente al proceso contencioso administrativo Telefónica CTC interpuso una demanda de nulidad de derecho público”* y el carácter abusivo de esa acción se evidencia porque es de evidente interés fiscal siendo el sujeto pasivo el fisco de Chile y se buscaba afectar el procedimiento administrativo de adjudicación y establecer una condición de incerteza respecto de la concesión obtenida por TELMEX, y dentro del marco del procedimiento administrativo licitatorio de la concesión de servicio público de telefonía inalámbrica se presentó oposición de igual tenor a la nulidad de derecho público ante el juez civil, se tramitó la causa lenta y pausadamente, *“frente a la contestación por parte del Fisco y a fundadas imputaciones de ocultamiento de información, y de que proceso no era más que una fachada para impedir que TELMEX ingresara al mercado, Telefónica CTC se desistió incondicionalmente de su acción”*; en el numeral 1.14 señala que *“el abuso de procedimientos judiciales o administrativos constituye una infracción al DL 211 y que, en la especie, ha importado la creación de barreras artificiales en la entrada para desafiar los mercados relevantes [...] lo cuál en definitiva se tradujo en un rezago o demora en la entrada de TELMEX para disputar los mercados [...] con el consiguiente perjuicio para los consumidores”*. En su contestación TELEFÓNICA CTC señala en el numeral 2.1 que *“la facultad que toda persona tiene de acudir ante los tribunales de justicia para reclamar la protección de sus derechos, constituye un elemento esencial de todo Estado de Derecho”* garantizada en los artículos 19 N° 3 y 76 de la Constitución Política de la República, *“en caso de estimarse que ese derecho a la acción no es absoluto, sino que puede estar sujeto a limitaciones, debe tenerse siempre presente que debe tratarse de situaciones muy excepcionales y calificadas, mucho más rigurosas y estrictas que las que restringen el ejercicio de otros derechos de menor rango o importancia [...] el estándar que se exige para calificar de abusivo, y por ende, de ilícito o ilegítimo el ejercicio del derecho a la acción, es considerablemente más estricto que el aplicable a otros derechos garantizados por el ordenamiento jurídico”*; en el numeral 2.3, indica que el Tribunal ya ha resuelto que *“para la configuración del ilícito de ejercicio abusivo de acciones judiciales, es*

indispensable que el agente obre con la finalidad única, exclusiva e inequívoca de impedir o retardar la entrada al mercado de un nuevo competidor” y TELEFÓNICA CTC no lo ha hecho y en el numeral 2.5 indica que *“no puede imputársele abuso alguno, ya que existe una duda más que razonable respecto de la procedencia de las acciones que interpuso”*, respecto de los recursos interpuestos indica que estaba plenamente justificada su interposición ya que el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones es un tribunal de primera instancia, lo que ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional y la Ley General de Telecomunicaciones lo establece como tribunal especial, lo que está conteste con la doctrina. La demanda de nulidad de derecho público entablada se justifica por una duda más que razonable acerca de su procedencia dado que la decisión administrativa de la SUBTEL se encontraba irremediablemente viciada; en el numeral 2.6 señala que no existió abuso *“ya que todas las acciones que interpuso son coherentes entre sí”*; en el numeral 2.7 indica *“que bajo ningún respecto las acciones interpuestas eran aptas para impedir o retrasar la entrada de TELMEX al mercado, requisito indispensable para que exista un abuso de acciones judiciales sancionable a la luz de las normas sobre libre competencia [...] la demanda de nulidad de derecho público no tuvo por propósito retrasar el concurso y la adjudicación [...] la sola presentación de una demanda de tal naturaleza no acarrea la suspensión del acto administrativo impugnado”* y el recurso de casación en la forma tampoco era apto para ello. En la resolutive el TDLC rechaza la excepción de prescripción alegada por TELMEX, y en cuanto al fondo en el considerando DÉCIMO indica *“es necesario determinar si las acciones y recursos judiciales interpuestos por Telefónica CTC estarían amparadas por sus derechos de petición y acción, o si constituyen, en cambio, conductas que atentan contra la libre competencia”*; en el considerando UNDÉCIMO manifiesta que *“para determinar si la interposición de diversas acciones o recursos configuran un atentado contra la libre competencia, es preciso dilucidar entre otras cosas, si las mismas tuvieron por finalidad inequívoca impedir, restringir o entorpecer la entrada de competidores al mercado, y si dichas acciones no tenían una utilidad distinta a la de impedir la entrada de competidores al mercado”*; en el considerando DUODÉCIMO se señala que Telefónica CTC sólo interpuso dos acciones con el fin de dejar sin efecto la adjudicación por parte de TELMEX, el recurso de reclamación y la demanda de nulidad de derecho público; y señala en el considerando DÉCIMO TERCERO que *“de los*

antecedentes allegados al proceso no puede deducirse que las acciones intentadas por Telefónica CTC hayan tenido por inequívoca finalidad impedir, restringir o entorpecer la entrada de TELMEX al mercado. Por el contrario, a juicio de este Tribunal obran en autos antecedentes suficientes que acreditan que Telefónica CTC tenía un legítimo interés en adjudicarse la concesión del servicio público telefónico local inalámbrico [...] y tenía argumentos al menos atendibles para justificar la procedencia de las acciones y recursos que presentó” conclusión que se desarrolla entre los considerados DÉCIMO SEXTO a VIGÉSIMO, y en el considerando VIGÉSIMO PRIMERO se señala que “dado que no se ha acreditado en autos que Telefónica CTC haya ejercido acciones y recursos administrativos y judiciales [...] con la finalidad inequívoca de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, la demanda debe ser necesariamente rechazada”. El Tribunal resolvió en el fondo RECHAZAR la demanda interpuesta por TELMEX, con costas. La CORTE SUPREMA conociendo del recurso de reclamación, previamente rechaza la inadmisibilidad del recurso solicitada por Telefónica CTC, y respecto del fondo en el considerando VIGÉSIMO SEGUNDO señala “no es posible entender que los hechos importen infracción de competencia desleal prevista en el apartado c) del artículo 3° del DL 211, en la especie, y mediante el ejercicio abusivo de acciones judiciales, “ración de barreras artificiales” para impedir la entrada de la denunciante al mercado y mantener una posición dominante; en el considerando VIGÉSIMO TERCERO indica “Tanto la jurisprudencia como la doctrina entienden como exigencias típicas de este ilícito que sean ejecutados actos de competencia desleal que tengan por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante [...] en el elemento “competencia desleal” tiene cabida el ejercicio abusivo de acciones judiciales, lo que se explica porque esta infracción dice relación con la falta de buena fe que debe exigirse a los agentes económicos”; en el considerando VIGÉSIMO QUINTO manifiesta “atendido el inequívoco carácter de concepto jurídico indeterminado del abuso del proceso -el que ni siquiera está recogido en el derecho positivo⁶¹ y que se ha entendido comprendido en el ilícito en estudio-, sus extremos habrán de establecerse por criterios aceptados por éste tribunal. Se trata de la formación de un proceso jurisdiccional infundado, en el que la carencia de razón es manifiesta -esto es fácilmente predicable-, cuya existencia sólo puede explicarse porque

⁶¹ De allí la extensión que se le dedicó a este tema en el inicio de este trabajo.

constituye un medio a los efectos de generar algún tipo de ventaja indebida. Se ejerce el derecho de acción pero no se tiene la finalidad de obtener su contenido pretensional expreso, sino únicamente alguna posición de otra manera inalcanzable [...] ha de tenerse en cuenta que por tratarse de un concepto jurídico indeterminado que debe ser completado por el Tribunal y que además ha de ser relacionado con actuaciones que constituyen el ejercicio del derecho de acción, no puede menos que esperarse que de manera particularmente rigurosa quede de manifiesto que la verdadera intención de las acciones que siguieron al proceso de concesión no era ya el acceso al mercado sino, únicamente, retardar de modo injusto la entrada de TELMEX. El Tribunal para resolver, debe calificar las intenciones reales de un obrar formalmente lícito en la especie un obrar complejo durante un lapso de tiempo, que podría ser causante del daño, convicción que ante los antecedentes de autos no es posible adquirir en razón de la insuficiencia de estos, y de la posibilidad de encontrarse distintas justificaciones a los hechos denunciados” y en el considerando VIGÉSIMO SEXTO se indica que “no es posible sostener en ese fallo una justificación aceptable en cuanto a que sólo se tuvo el propósito de retardar la entrada de TELMEX para preservar una posición dominante a resultas de un servicio similar.”. En su resolución la CORTE SUPREMA en el Rol 1966-209, no da lugar a la petición de inadmisibilidad de Telefónica CTC, y respecto del fondo RECHAZA la reclamación deducida.

SENTENCIA N° 84/2009 de fecha 29/05/2009 ante demanda deducida por BAYER HEALTHCARE LLC en contra de ELIAS ALBALA FRANCO LABORATORIO MAVER LIMITADA y de ALBERTO ALBALA WEISMANN, por conductas contrarias a la libre competencia ejecutadas mediante el ejercicio de acciones judiciales y administrativas, entre otras. En el numeral 1.3 de la parte expositiva, y en cuanto al abuso de acciones legales que denuncia, BAYER señala que MAVER “ejerció abusivamente una acción en sede administrativa y otra en sede judicial, obteniendo en esa última la concesión de una medida cautelar [...] en sede administrativa MAVER se opuso -o solicitó que se deniegue- la solicitud de BAYER de cambio de denominación de productos [...] y solicitó la cancelación de los registros sanitarios [...] en sede judicial dedujo una acción de nulidad de derecho público en contra del Ministerio de Salud y de BAYER [...] por la que solicitó que se invaliden: (i) el Ordinario del Ministerio de Salud de mayo de 2007 que autorizó el

cambio de denominación de productos FOCUS a TABCIN; y; (ii) el Ordinario del Ministerio de Salud de septiembre de 2017 que permitió que TABCIN COMPUESTO CÁPSULAS BLANDAS, conserve su denominación [...] solicitó y obtuvo -mediante ocultamiento y forjamiento de antecedentes- una medida precautoria que prohíbe a BAYER producir, importar y comercializar productos farmacéuticos bajo la denominación TABCIN en Chile; señala que MAVER ejerció estas acciones como una reacción a lo resuelto en la sentencia N° 60/2007 (del TDLC) por temor a que BAYER ingrese usando sus registros de marca y sanitarios vigentes, y porque lo resulto por el MINSAL representaba “una amenaza seria al andamiaje montado previamente en forma estratégica y premeditada por ese laboratorio” al interior del Instituto de Salud Pública”. Por su parte los demandados en su contestación consignada en el numeral 2.1 señalan que la sentencia N° 60/2007 deja en claro que no existen actos de competencia desleal imputables a MAVER y en el numeral 2.2 “afirman que la oposición de BAYER de cambio de denominación de productos FOCUS a TABCIN data de enero de 2006 y fue tomada en cuenta por el tribunal en su sentencia N° 60, pues BAYER la acompañó en esa causa [...] la demanda en contra del Ministerio de Salud y de BAYER, correspondía a la continuación de esa discusión”; en el numeral 2.4 indica que en lo resolutive la sentencia N° 60/2007 simplemente acogió la excepción de prescripción y se rechazó la demanda de BAYER, sin resolver ni ordenar nada más. En el considerando SEXTO, el Tribunal indica que se debe tener presente la consideración cuadragésima de la referida sentencia N°60/2007: “este tribunal considera que tampoco está probado que la causa por la que BAYER no participa en el mercado chileno de los antigripales sea necesariamente el hecho de que MAVER comercialice en Chile antigripales bajo la denominación TABCIN -pues cuenta con registros sanitarios y marcas para hacerlo- o bajo cualesquiera otra original, distinta de las usadas por sus competidores, sin que pueda estimarse una barrera de entrada con efectos anticompetitivos el mayor costo que ello le podría representar”, y siguiendo el mismo razonamiento, según indica en el considerando SÉPTIMO: “es irrelevante desde el punto de vista de la libre competencia si el ejercicio de derechos administrativos y acciones judiciales por parte de MAVER tenía por objeto evitar el ingreso al mercado nacional de productos bajo la denominación TABCIN, pues ello no altera la circunstancia de que BAYER puede comercializar en Chile antigripales bajo cualesquiera otra

denominación original, distinta de las usadas por sus competidores, sin que BAYER hubiese alegado enfrentar barreras para hacerlo”. En la resolución el Tribunal resuelve RECHAZAR la demanda deducida, con costas. La CORTE SUPREMA en el Rol N° 4286-2009, conociendo de la reclamación interpuesta en contra de este fallo, indica en el considerando NOVENO: “Que, respecto del fundamento de la demanda, que se hizo consistir en la ilegítima utilización de recursos judiciales con el objeto de impedir la entrada de TABCIN a Chile, es posible advertir de los antecedentes de la causa [...] y del tenor de la reclamación en examen [...] que la conducta que se le imputa a la parte demandada no constituye infracción a las normas de la libre competencia, puesto que el hacer uso de los mecanismos que nuestra legislación contempla para intentar revertir decisiones relativas a la situación registral de determinados productos farmacéuticos, no puede importar, como lo pretende la reclamante, la comisión de actuaciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia”, por lo que se RECHAZA el recurso de reclamación interpuesto.

SENTENCIA N° 125/2102 de fecha 12/10/2012, ante demanda deducida por LABORATORIOS RECALCINE S.A. en contra de ROCHE CHILE LIMITADA, por abuso de posición dominante competencia desleal en infracción a lo dispuesto en el artículo 3° letra b) y c) del DL 211. En el numeral 1.5 de la expositiva se señala que RECALCINE indica que su contraria hace “uso acciones administrativas; ejercicio abusivo de acciones judiciales”, en el numeral 1.18 se indica que “ROCHE ha ejecutado todo tipo de acciones administrativas [...] y legales tendientes a impedir la competencia de producto Reditux en el mercado nacional”; en el 1.19 se “Acusa asimismo a ROCHE de haber intentado retrasar el registro sanitario de Reditux como asimismo de haber tratado de invalidarlo”; en el numeral 1.22 señala que “ROCHE inició acciones ante diversas autoridades cuestionando la calidad y eficacia del referido producto y menciona “(i) oposición ante el instituto de Salud Pública [...] “ISP”, a la concesión del registro sanitario de Reditux [...] producto de dicha acción el proceso se habría retardado en más de un año; Recurso de Reclamación ante el Ministerio de Salud, a fin de revocar la decisión del ISP, recurso que fue rechazado [...] (iv) irregularidades en licitaciones públicas [...] ROCHE se habría preocupado de erigirles reales e importantes barreras de entrada en los procesos de compra del medicamento por parte de sector público de salud

[...] las bases de los procesos de licitación siempre permiten a ROCHE sortear el factor precio y adjudicarse en definitiva las licitaciones” y menciona varios ejemplos; indica el numeral 1.26 “que las conductas imputadas a ROCHE evidencian una grave, clara y evidente intención [...] de restringir la libre competencia en el mercado farmacéutico, a expensas de nuevos competidores que amenazan su posición de privilegio”. En su contestación ROCHE señaló -respecto de lo que nos interesa- en el numeral 2.1, que “todas sus actuaciones se han enmarcado en la legalidad vigente y han tenido como objeto proteger sus derechos e intentar evitar que RECALCINE se aproveche ilegítimamente de la reputación y de los esfuerzos de investigación y desarrollo de ROCHE. Estas acciones, por otra parte, han buscado que se respete la legalidad vigente en un tema complejo y de interés público, como lo es el registro sanitario de productos biológicos”; en el numeral 2.13 alega la inexistencia de las conductas anticompetitivas que se le imputan y afirma que “la oposición de ROCHE ante el ISP y la reclamación ante el Ministerio de Salud fueron fundadas”, en los numerales 2.14 y 2.15 se refiere a la oposición que presentó ante el ISP y afirma “que ella no tuvo por efecto retrasar o entorpecer la entrada de Reditux al mercado chileno, y que, de los 15 meses que duró el procedimiento, 9 de ellos se debieron a la propia negligencia de Recalcine, al haber solicitado un registro de producto similar, en circunstancias que carecía de antecedentes para acreditar tal circunstancia”, en los numerales 2.16 y 2.17 se refiere a la reclamación presentada ante el Ministerio de Salud y que no es efectivo el fin dilatorio alegado “toda vez que el registro sanitario otorgado por el ISP permitió que Reditux fuera comercializado en el mercado chileno entre mayo de 2010 -fecha del otorgamiento del registro sanitario- y enero de 2011-fecha de la resolución del Ministerio de Salud- sin problema alguno”, en el numeral 2.18 indica que la demanda por competencia desleal fue presentada “sólo una vez que ROCHE tuvo certeza de que Reditux había sido registrado como producto nuevo y no como similar”, el numeral 2.19 señala que “solicitó a la Contraloría General de la República la declaración de ilegalidad del registro sanitario de Reditux, y que, en consecuencia, se ordenara al ISP la invalidación de tal registro en consideración a las graves ilegalidades que [...] se habrían cometido en el procedimiento administrativo del registro de Reditux”, en el numeral 2.28 señala que “carece de toda seriedad la imputación en orden a que las bases de licitación de una u otra forma siempre permitirían (a ROCHE) sortear el factor precio” señalando

que “*las bases de licitación son diseñadas y establecidas por las respectivas instituciones del sector público*”; en el numeral 2.32 se refiere al criterio jurisprudencial del TDCL en materia de ejercicio abusivo de acciones judiciales, señalando “*que se han establecido los siguientes requisitos:(i) Que las acciones invocadas hayan tenido como finalidad inequívoca el impedir, restringir o entorpecer la entrada de competidores al mercado; y (ii) Que las acciones no hayan tenido una utilidad distinta a la de impedir la entrada de nuevos actores al mercado*” cita las sentencias del TDLC N° 83/2009, N° 47/2006 y N° 46/2006 que introdujo el concepto de duda razonable; en el numeral 2.33 indica que las acciones presentadas es referido estándar judicial “*pues tienen una finalidad y utilidad distinta de impedir, retardar o restringir la entrada de Recalcine al mercado chileno*”; en el numeral 2.34 manifiesta que “*las acciones administrativas presentadas [...] ISP, Ministerio de Salud, y Contraloría General de la República-, tuvieron como objetivo y finalidad velar porque se cumpliera la legislación vigente en materia de registros sanitarios*”; en el numeral 2.38 señala que las acciones deducidas “*fueron formuladas –no bajo una duda razonable- sino que con la convicción de que las mismas defendían legítimamente sus derechos e intereses*”. En el considerando VIGÉSIMO el Tribunal señala “*Que el primer grupo de comportamientos imputados a ROCHE como contrario a la libre competencia dice relación con el ejercicio abusivo de acciones administrativas y judiciales, las que habrían tenido el objeto [...] de erigir, ilegítimamente, barreras artificiales a la entrada al mercado*”; en el considerando VIGÉSIMO PRIMERO, expresa “*Que el ejercicio de acciones judiciales y administrativas, como figura contraria a la libre competencia, debe evaluarse en armonía con los principios constitucionales y legales que aseguran a toda persona, natural o jurídica, el derecho de petición y el de accionar. Por estas razones tanto la doctrina como la jurisprudencia, nacional e internacional, han desarrollado una serie de requisitos y condiciones para que dicho ejercicio pueda ser calificado de abusivo y contrario a la libre competencia*”; en el considerando VIGÉSIMO SEGUNDO, expresa “*Que este tribunal ha debido pronunciarse sobre este tipo de conductas en otros casos (sentencias 46, 47, 80 y 83, entre otras), en los que ha señalado los siguientes elementos, entre otros, que permitirían despejar cuándo las mismas constituyen un abuso anticompetitivo que persigue entorpecer o, derechamente, impedir la entrada a un mercado: (a) que se aclare toda duda sobre quien inicia las acciones (debe*

ser el competidor acusado); (b) que se acredite que las mismas han tenido la inequívoca finalidad de restringir o entorpecer la entrada de competidores al mercado, (c) que en el caso de que se ejerciten dos o más acciones, sean contradictorias; y (d) que tengan un efecto anticompetitivo, es decir que se acredite que las mismas en los hechos han impedido o retardado la entrada de competidores o han tendido a producir dichos efectos”; luego de analizar latamente la pertinencia de las acciones interpuestas en su momento por la demandada y que son objeto de la causa, el Tribunal señala en el considerando QUINCUAGÉSIMO TERCERO: “sin perjuicio de lo expuesto sobre la plausibilidad y razonabilidad [...] que es posible inferir respecto de cada una de las acciones analizadas, a la misma conclusión se llega si se analizan todas ellas en forma conjunta, pues se colige que no existe contradicción entre las mismas, sino una postura consistente de la demandada orientada a cuestionar los méritos científicos y normativos [...] la razonabilidad de todas estas acciones analizadas en su conjunto se encuentra probada”; por lo que en el considerando VIGÉSIMO CUARTO indica “desechadas las imputaciones relativas al ejercicio abusivo de acciones judiciales y administrativas”: Finalmente el Tribunal decidió RECHAZAR, en todas sus partes, la demanda interpuesta por LABORATORIOS RECALCINE S.A. en contra de ROCHE CHILE LIMITADA, con costas. La CORTE SUPREMA, en el Rol 8243/2012 conociendo del recurso de reclamación del fallo en comento señaló en el considerando DÉCIMO: “en materia de acciones judiciales abusivas, se ha expresado en casos anteriores que el resultado del litigio no es lo determinante para resolver sobre el asunto, son que si quien las ejerció tuvo una duda razonable al momento de interponer su acción respecto de su derecho o interés infringido. Más aún, esta Corte ha expresado que la acción ha sido planteada en forma maliciosa o temeraria, esto es, con una finalidad inequívoca de la conducta para impedir que ingrese un competidor al mercado (Rol 277-2010) y cuyo propósito instrumental es entorpecer o embarazar el normal desarrollo de su actuación”. En los considerandos siguientes la Corte examina latamente los antecedentes y se extiende sobre la ponderación de la prueba en base a las reglas de la sana crítica hechas por el TDLC, y respecto del ejercicio legítimo y de la pertinencia de las acciones administrativas, luego de ello -y solo consignando lo más relevante- señala en el considerando VIGÉSIMO: “Esta Corte, en virtud de los argumentos expresados en la sentencia atacada [...] sólo puede desestimar en

todas sus partes la alegación del reclamante RECALCINE” y en el considerando VIGÉSIMO PRIMERO indica: “en conclusión, no es posible determinar que haya existido un ejercicio abusivo de acciones administrativas, puesto que no se comprobó que el demandado hubiese obrado maliciosa o temerariamente o de mala fe”, en el considerando VIGÉSIMO SÉPTIMO indica “el análisis de los fundamentos de la demanda conduce a concluir que la acción tenía base jurídica fáctica, lo cual descarta un ejercicio abusivo de ésta”, en el considerando CUADRAGÉSIMO SEGUNDO indica. “en virtud de los razonamientos expresados no queda sino desestimar el recurso de reclamación de RECALCINE”, por lo que en la Corte resolvió ACOGER el recurso de reclamación en lo relativo a las costas eximiéndole de tal carga, por considerar que el reclamante tuvo motivo plausible para litigar, y RECHAZAR “en todo lo demás la reclamación de LABORATORIOS RECALCINE S.A.”

CONCLUSIONES

La competencia en los mercados es deseable porque mantiene la “buena salud” de éstos y generalmente los libra de las distorsiones que afectan su funcionamiento como herramienta de asignación de recursos. No obstante, esta competencia debe ser leal, basada en la buena fe comercial y la transparencia del comportamiento de los agentes. Ello no obsta a que en el fenómeno competitivo se produzcan perjuicios a los agentes del mercado, pero el daño que ha sido infligido accidentalmente o incluso con cierto grado de culpa, es un efecto consustancial a la competencia legítima, puesto que no existe un deber general de cuidado entre los competidores, y éstos se dañan sin tener obligación alguna de abstenerse de continuar haciéndolo, incluso en forma imprudente. La cortapisa está constituida por los abusos que se contienen en los ilícitos anticompetitivos, que son intencionales y que se califican por la efectividad del daño ocasionado.

El “daño anticompetitivo” es el costo social neto que acarrearán las infracciones a la libre competencia y comporta una restricción en la cantidad y la calidad de los bienes y servicios disponibles, dañando al mercado como un todo y principalmente a los consumidores. La competencia es vital para el progreso económico y los sistemas jurídicos adscritos a las economías de mercado consideran atentatorias a la libre competencia a las

mismas conductas, fundamentalmente: los acuerdos colusorios (carteles), las prácticas concertadas y el abuso de la posición dominante.

El artículo 3° de la ley 20.169 es una cláusula general de competencia desleal que dispone deberes mínimos de comportamiento leal exigido y establece luego una serie ilustrativa de conductas que se consideran desleales; no dispone que éstas deban ser ejecutadas por un competidor directo, se refiere a agentes de mercado, un concepto amplio en que caben competidores, proveedores, compradores, consumidores. Usa la expresión en general y el artículo 4° tiene una redacción a modo ejemplar y no taxativo, sólo en el literal f) se alude a un competidor directo como causante del ilícito, de lo que se colige que es un requisito excepcional, en los demás literales esta disposición hace referencia a un tercero o a un agente económicos o de mercado o proveedores.

La ley 20.169, protege de los actos de competencia desleal, no solo a los competidores, sino que a cualesquiera persona afectada en su intereses legítimos, como se concluye claramente de lo dispuesto por sus artículos 1° y 6°, de lo que se podría llegar a concluir que no hay limitaciones de legitimación pasiva, y que, por su parte, la legitimación activa sería amplia; lo que se demuestra con el tenor de lo dispuesto por los literales a), b) y c) del precitado cuerpo legal, y ello reafirma que no se refiere sólo a competidores.

Entendemos que si es posible advertir un tipo de culpabilidad distinta en las diferentes figuras que asume en nuestra legislación la competencia desleal según la ley 20.169, y que a nuestro juicio si pueden cometerse con culpa, pero la excepción a ello es justamente el ejercicio abusivo de acciones judiciales, lo que es “propio del dolo”, y que de esa manera se conecta con el DL 211 en cuanto la jurisprudencia trata específicamente como dolosa, “maliciosa”, a la litigación abusiva en tanto que ilícito anticompetitivo.

La desviación del ejercicio del derecho de accionar judicialmente y/o de efectuar peticiones a la autoridad administrativa, con el fin de ocasionar perjuicio a terceros hace surgir el concepto de litigación fraudulenta, abusiva o vejatoria, o como hemos preferido denominar *Sham Litigation*, como una idea remedial que permita lidiar con el uso indebido del proceso orientado a objetivos diferentes de sus fines ordinarios, de ello se concluye que estos derechos de acción y de petición no tiene un carácter absoluto que permita su instrumentalización para la consecución de fines diversos a los que le son propios, eludiendo la seriedad debida en la aplicación de la ley.

Se verifica una compleja y dificultosa prueba del daño ocasionado por el Sham Litigation en sede de Libre Competencia -como demuestra el rechazo que se consigna en las sentencias y recursos de reclamación latamente analizados supra-, máxime que como hemos señalado, en sede anticompetitiva debe acreditarse el dolo con el que se comete el ilícito -“una intención positiva de causar daño”- y que el tribunal puede apreciar directamente, sino que debe concluirlo de los hechos de la causa, y para ello la jurisprudencia ha ido fijando criterios, que se explicitan infra.

El abuso del proceso dice relación con la ausencia de buena fe que debe exigirse a los agentes económicos, y como una forma de expresión de la competencia desleal -que deviene del concepto del abuso del derecho-, presenta una estructura de carácter instrumental y se expresa en un concepto jurídico indeterminado cuya calificación y sustancia deberá ser determinada por el Tribunal por medio del análisis contextual de los hechos que se le presentan a juicio.

Las conductas de competencia desleal como ilícito anticompetitivo deben ser ejecutadas con el fin de aumentar, alcanzar o mantener una posición dominante en el mercado, luego si el actor no la tiene, lo que debería ser la regla general, dado que la posición de dominio es una excepción, debe rechazarse la acción.

El abuso de acciones judiciales puede producirse también durante el transcurso del proceso, no sólo por medio de la acción, así el Código de Procedimiento Civil presume abusivas la interposición de medidas prejudiciales si no se demanda dentro de cierto plazo⁶². Lo mismo sucede en los incidentes, en los que se manifieste un claro propósito de dilatar o entorpecer el proceso porque ello evidencia mala fe en el incidentista⁶³. Finalmente ocurre una situación similar respecto de la declaración de temeridad en materia de derecho del consumo⁶⁴, y en el ejercicio abusivo de recursos procesales.

⁶² “Si al litigante rebelde no se le ha hecho saber en persona ninguna de las providencias libradas en el juicio, podrá pedir la rescisión de lo obrado [...]Este derecho NO PODRÁ RECLAMARSE SINO DENTRO DE CINCO DÍAS, contados desde que aparezca o se acredite o se acredite que el litigante tuvo conocimiento personal de juicio”. Artículo 80 Código de Procedimiento Civil.

⁶³ “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 fije [...] el tribunal determinará el monto del depósito considerando la actuación procesal de la parte y SI OBSERVARE MALA FE en la interposición de nuevos incidentes podrá aumentar su cuantía hasta por el duplo”. Artículo 88 Código de Procedimiento Civil.

⁶⁴ “Cuando la denuncia querrela o demanda interpuesta carezca de fundamento plausible, el juez, en la sentencia y a petición de parte, podrá declararla como temeraria” Artículo 50E ley 19.496, inciso 1º; lo que puede acarrear una multa de hasta 50 e incluso hasta 200 UTM.

El abuso, como vemos, puede consistir en el ejercicio tanto de acciones judiciales como de peticiones administrativas, al respecto la Excelentísima Corte Suprema en el Rol 277-2010 resolviendo la reclamación en contra de la sentencia 90/2010 del Tribunal de la Libre Competencia, indicó: *“la determinación del ejercicio abusivo de una acción,- judicial o administrativa- en la presente sede hace necesario que el requirente o actor compruebe que el demandado obró malicioso o temerariamente[...] con la intención de restringir la libre competencia en el mercado”*.

Existe plena justificación y legitimidad en el ejercicio acciones administrativas y/o judiciales opuestas con el convencimiento pleno de obrar en defensa del derecho de dominio, lo que expresa en derechos de propiedad intelectual, marcas registradas y modelos de utilidad, ¿pero que ocurre si se ejercen tales acciones por quien carece de derechos?, en estos casos concluimos que al no existir derecho alguno que tutelar el estándar de condena para el demandado por competencia desleal debe ser más bajo, ya que la causal de justificación del ejercicio de tales acciones desaparece por lo que el abuso es más fácil de acreditar.

Uno de los criterios a oponer para determinar el ejercicio abusivo de estas acciones o peticiones es su uso correcto y adecuado a su finalidad, y a este respecto resulta interesante el considerando 22° del fallo dictado por el 13° Juzgado Civil de Santiago en el Rol C-C11487-2008 Parque de Concepción S.A. con Inmobiliaria Parque San Pedro S.A., conformada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 19/08/2010 en el Rol 6901-2009, que señala en lo que interesa: *“Si bien es cierto tanto la legislación nacional como los tratados celebrados por Chile protegen la propiedad intelectual, no es menos cierto que los derechos otorgados por el ordenamiento jurídico, y particularmente el ejercicio de éstos, se encuentran supeditados al uso correcto de los mismos, por lo cual el abuso, o cuando éstos son usados con un sentido distinto a aquél para el cual fueron reconocidos, se puede precisamente hablar de una mala práctica comercial [...] cabe destacar que el ejercicio de la libertad económica reconoce como límite lógico, el efectivo ejercicio de los demás agentes a participar libremente en el mercado”*.

Para ser calificadas como abusivas, las acciones deben tener un objetivo manifiestamente diverso de aquél considerado como el fin habitual y ordinario de dichas pretensiones, por lo que producen perjuicio a los intereses de terceros, que se sigue de la

inequívoca finalidad de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia en el mercado; así, la primera decisión sobre el particular efectuada por la Corte Suprema en el Rol N° 422-2002 de 30/07/2002, señaló: *“las acciones de hecho que se imputen como contrarias a la libre competencia, deben, revestir idoneidad suficiente como para conseguir dicha finalidad, por lo que habrían de estar encausadas en una dirección clara y precisamente dirigidas a obtener tal propósito”*. Por su parte, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en el considerando 19° de la sentencia 48/2007, señaló que debe probarse que se actuó: *“desviando la finalidad de los respectivos procedimientos para emplearlos como una arma anticompetitiva”*; y en el considerando 86° de la sentencia 47-2006 señaló: *“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”*.

Debe anotarse que para determinar su carácter abusivo se utiliza también el criterio de utilidad o finalidad práctica del ejercicio de estas acciones y/o peticiones, al respecto el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia señaló en el considerando 84° de la Sentencia N° 47/2006: *“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”*.

La interposición de acciones judiciales y/o peticiones administrativas, no deben ser analizadas aisladamente y utilización contextual podría indicar un ejercicio excesivo y anormal del derecho, de manera que una pluralidad de acciones interrelacionadas debe ser tomada en cuenta por el órgano jurisdiccional al momento de ponderar su eventual ilicitud; así, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia señaló en el considerando 79° de la sentencia 47/2009: *“el conjunto de acciones legales [...] tuvo como efecto evitar la potencial entrada de nuevos competidores al mercado doméstico de la sal”*. Por su parte y con respecto a la reiteración de medidas precautorias, en el considerando 78° de la sentencia N° 47/2006 el TDLC señaló: *“que todas estas investigaciones y medidas precautorias fueron iniciadas y decretadas, respectivamente, a solicitud de Punta de Lobos, sin que quepa a esta empresa desentenderse de las consecuencias que tuvieron las peticiones que formuló a las autoridades”*, incluso éstas pueden impedir o entorpecer el acceso al mercado de un agente económico sin son objetivamente aptas.

Consideramos que debe atenderse a la oportunidad en el ejercicio de las acciones y/o peticiones, a su congruencia cuando son varias, a su fundamentación y veracidad de los asertos en que fundan su argumentación, al eventual ocultamiento u omisión de antecedentes relevantes, y otros similares que sean demostrativos de mala fe procesal y que hagan concluir su carácter abusivo.

Los derechos de acción y petición son consustanciales al “Estado Democrático de Derecho” y se encuentran constitucionalmente garantizados -artículos 19 N° 3 y 76 de la C.P.R.-, al considerarse que están sujetos a limitaciones -y que, por tanto, no son absolutos- el estándar para calificarlos de abusivos es sumamente restrictivo; así, la Corte Suprema ha declarado que: *“atendido el inequívoco carácter de concepto jurídico indeterminado del abuso del proceso -el que ni siquiera está recogido en el derecho positivo [...]-, sus extremos habrán de establecerse por criterios aceptados por éste tribunal”*⁶⁵. Por lo razonado, se han establecido criterios para su calificación, así el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha indicado: *“el ejercicio de acciones judiciales y administrativas, como figura contraria a la libre competencia, debe evaluarse en armonía con los principios constitucionales y legales que aseguran a toda persona, natural o jurídica, el derecho de petición y el de accionar. Por estas razones, tanto la doctrina como la jurisprudencia, nacional e internacional, han desarrollado una serie de requisitos y condiciones para que dicho ejercicio pueda ser calificado de abusivo y contrario a la libre competencia”* y *“este tribunal ha debido pronunciarse sobre este tipo de conductas en otros casos (sentencias 46, 47, 80 y 83, entre otras), en los que ha señalado los siguientes elementos, entre otros, que permitirían despejar cuándo las mismas constituyen un abuso anticompetitivo que persigue entorpecer o, derechamente, impedir la entrada a un mercado: (a) que se aclare toda duda sobre quien inicia las acciones (debe ser el competidor acusado); (b) que se acredite que las mismas han tenido la inequívoca finalidad de restringir o entorpecer la entrada de competidores al mercado, (c) que en el caso de que se ejerciten dos o más acciones, sean contradictorias; y (d) que tengan un efecto anticompetitivo, es decir que se acredite que las mismas en los hechos han impedido o retardado la entrada de competidores o han tendido a producir dichos efectos”*⁶⁶, es

⁶⁵ Considerando vigésimo quinto de fallo al recurso de reclamación de la sentencia N° 83/2009 del TDLC.

⁶⁶ Considerandos vigésimo primero y vigésimo segundo de la sentencia 125/2012 del TDLC.

decir: el propósito instrumental deliberado -malicioso, doloso o temerario- de causar daño o perjuicio a terceros, en ausencia -por parte de quien ejerce la acción y/o petición- de una duda razonable al momento de interponerlas acerca del derecho o interés infringido, con reales efectos procesales o materiales y con la finalidad inequívoca -no diferente o distinta- de impedir, restringir, retardar, embarazar o entorpecer la entrada de competidores al mercado.

- 000 -

BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, Manuel, y RUIZ MANERO, Juan: “Ilícitos Atípicos”, Trotta, Madrid, 2000.

BANFI DEL RIO, Cristián: “Acerca de la Imputación de Responsabilidad Civil por Ilícitos Anticompetitivos entre Rivales en Chile”, Revista Chilena de Derecho, 2014.

BANFI DEL RIO, Cristián: “El Dolo como Condición Esencial para Atribuir Responsabilidad Civil por Actos de Competencia Desleal: Breve Revisión de la Jurisprudencia Nacional”, Repositorio Universidad de Chile, 2016.

COMANDUCCI, Paolo: “El Abuso del Derecho y la Interpretación Jurídica”, revista de Derecho Privado, N° 21, Bogotá, 2011

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando: “La Terminación Anticipada del Proceso por Desaparición Sobrevenida del Interés”, Civitas, Madrid, 2003.

MARTIN BERNAL, José Manuel: “El Abuso del Derecho”, Montecorvo, Madrid, 1982.

MUÑOZ ARANGUREN, ARTURO, Tesis Doctoral: “La Litigación Abusiva”: delimitación, análisis y remedios, Universidad Complutense de Madrid, 2018.

PRIORI POSADA, Giovanni: “El Principio de la Buena Fe Procesal, El Abuso del Proceso y El Fraude Procesal”, publicación electrónica Derecho y Sociedad 30, Asociación Civil, Lima, 2016.

RODRÍGUEZ ADRADOS: “El Fraude de Ley”, Academia Matritense del Notariado, Madrid, 1977.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo: “El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial”, Editorial Jurídica, Santiago, 1999.

SOTO NIETO, Francisco: “Principios Éticos en el Proceso: el fraude y estafa procesales”, Revista de Derecho Privado, 1974.

TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio: “Competencia Desleal por Culpa”, Revista Chilena de Derecho Privado N° 29, Edición On-line, Santiago, dic., 2017.