

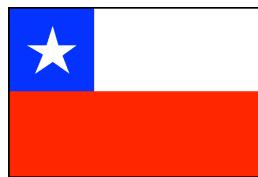
BOLETÍN LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA

BOLETIM LATINO-AMERICANO DE CONCORRÊNCIA

Nº 32- extra

Noviembre 2012

<http://lalibrecompetencia.com/boletin-latinoamericano-de-competencia/>



**El abuso de procedimientos judiciales y administrativos
como conducta constitutiva de competencia desleal.**

**La jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre
Competencia.**

por Luis Eduardo Toro Bossay

El abuso de procedimientos judiciales y administrativos como conducta constitutiva de competencia desleal. La jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia¹.

Luis Eduardo Toro Bossay²

Santiago, octubre de 2012

I. Introducción

El tema sobre el cual me ha correspondido el honor de exponer resulta de una creciente relevancia jurídica y económica, prueba de esto es su reciente consagración legislativa en la Ley de Competencia Desleal.

Como punto de partida, debemos recordar que nuestra Constitución Política de la República (en adelante “CPR”), consagra y reconoce en dos numerales del artículo 19, el derecho a la acción y el derecho de petición³. De este modo, y en principio, toda persona natural o jurídica puede ocurrir ante los tribunales de justicia (derecho a la acción) o ante las autoridades administrativas (derecho a petición), para obtener un pronunciamiento de estos órganos, respecto de sus derechos y de la protección de los mismos.

La pregunta que naturalmente surge es **¿Tiene el derecho a la acción y el de petición un límite?**

La respuesta que se ha ido imponiendo en nuestra jurisprudencia de libre competencia y legislación, es que **sí existe tal límite**.

Así, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante “TDLC”) ha señalado que:

*“El derecho a la acción y petición tienen un **límite natural** que es el respeto a los*

¹ Este artículo fue preparado como base para la exposición en la conferencia organizada por el Centro de Regulación y Competencia de la Universidad de Chile, celebrada el día 17 de noviembre de 2009 en la indicada Universidad, y actualizado para fines de esta publicación en octubre de 2012.

² Luis Eduardo Toro Bossay es Socio del Estudio Barros & Errázuriz, Santiago Chile y profesor del Diplomado Derecho y Política de la Libre Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Se previene que al autor le ha correspondido litigar en representación de una de las partes, en algunas de las causas seguidas ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por abuso de procedimientos judiciales y administrativos.

³ Se establece estas garantías en el artículo 19 N° 3 y N° 14 de la CPR.

derechos de otras personas y el orden público que resguarda el interés general”⁴
(Énfasis agregado).

Así, tanto la doctrina, como la jurisprudencia del TDLC y su antecesores, han estimado que cuando un actor del mercado utiliza en forma abusiva el derecho a la acción y/o petición, con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante incurrirá en la infracción tipificada como “**competencia desleal**” consagrada en el literal c) del artículo 3 del DL 211.

En un evidente avance legislativo, en el año 2007 entró en vigencia la Ley 20.169 que Regula la Competencia Desleal, la cual indica expresamente “como acto de competencia desleal”:

“El ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente de mercado”.

II. De la historia jurisprudencial del abuso del derecho a la acción y petición

Atendido el limitado tiempo disponible, solo me referiré a la jurisprudencia del TDLC en esta materia, haciendo presente que todos los primeros pronunciamientos, se encontraban íntimamente ligados a problemas de marcas o propiedad industrial, de modo tal que existen varias causas, en que se invoca por los demandantes o la Fiscalía Nacional Económica, la competencia desleal derivada de la utilización de registros o acciones marcarias o de propiedad industrial.

Revisada las Sentencias del TDLC se puede constatar la existencia de poco más de 10 fallos en que se ha tratado la materia que nos ocupa, la mayoría de ellos relacionados a los indicados temas marcarios o de propiedad industrial⁵.

⁴ **Sentencia 47/2006** recaída en los autos C 13-04 “*Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Sociedad Punta de Lobos S.A*” en su Considerando Octogésimo Quinto
Disponible en: http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_47_2006.pdf

⁵ **Sentencia 30/2005** recaída en los autos C 58-04 “*Demand de El Golfo Comercial S.A., en contra de Capuy S.A.*” Disponible en: http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_30_2005.pdf
Sentencia 40/2006 recaída en los autos C 62-05 “*Demand de Electrónica Sudamericana Ltda., en contra Importadora Rourke y Kuscevic S.A.*”,
Disponible en: http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_40_2006.pdf

En estas causas, existe un actor de mercado que tiene a su favor registrada una marca o propiedad industrial y un desafiante que afirma que ha sido hostigado, amenazado o demandado y que ello importaría barreras a la entrada y una práctica de competencia desleal.

En estos casos el TDLC ha fallado en forma reiterada que:

*“Que, en general, a este Tribunal **no le corresponde** pronunciarse respecto de la existencia de una eventual infracción a las normas de protección de la propiedad industrial, derivada del uso por terceros de marcas de productos registrados en Chile o en el extranjero”⁶. (Énfasis agregado).*

Pero, al mismo tiempo, también declarado reiteradamente que **si le compete**:

*“...conocer y juzgar casos en los que pueda haberse utilizado una marca registrada **como barrera de entrada** de legítimos competidores, con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 3º, letra c), del decreto Ley 211”⁷. (Énfasis agregado).*

Además, existen tres causas en que se ha planteado al TDLC derechosamente el abuso de acciones judiciales o administrativas, estos casos son:

Sentencia 52/2007 recaída en los autos C 115-06 “*Demanda de Tecnofarma S.A. contra Sanofi Aventis*”

Disponible en: http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_52_2007.pdf

Sentencia 68/2008 recaída en los autos C 142-07 ‘*Demandas de Comercial e Importadora Audio Música contra el Sr. Ariel Lagas Canales*”

Disponible en: http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_68_2008.pdf

Sentencia 80/2009 recaída en los autos C 97-06 “*Demandas de Reebok Chile S.A. contra Reebok International Limited y otro*”

Disponible en: http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_80_2009.pdf

Sentencia 90/2009 recaída en los autos C 165-08 “*Requerimiento de la FNE contra la Cia. Chilena de Fósforos S.A.*”

Disponible en: http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_90_2009.pdf

⁶ **Sentencia 40/2006** recaída en los autos C 62-05 “*Demandas de Electrónica Sudamericana Ltda., en contra Importadora Rourke y Kuscevic S.A.*” en su Considerando Tercero.

⁷ **Sentencia 68/2008** recaída en los autos C 142-07 ‘*Demandas de Comercial e Importadora Audio Música contra el Sr. Ariel Lagas Canales*”en su Considerando Quinto.

- a) Demanda de Compañía Minera Cordillera S.A. en contra de Sociedad Sal Punta Lobos S.A., fallado por la Sentencia 47/2006;
- b) Demanda reconvencional de Reebok International Limited y Adidas en contra de Reebok Chile S.A., fallado por la Sentencia 80/2009, y
- c) Demanda de Telmex Servicios Empresariales S.A. contra Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A., fallado por la Sentencia 83/2009.
- d) Requerimiento de la FNE contra Telefónica Móviles de Chile S.A. y otros, fallado por la Sentencia 104/2010, cuyos recursos de reclamación se encuentran pendientes de fallo ante la E. Corte Suprema⁸.

Como veremos a continuación, el fallo señero en esta materia es el recaído en la causa de Sal Punta Lobos, ya que se contiene un acabado desarrollo de la materia, con la explicitación de los **criterios** que el TDLC tuvo a la vista para calificar como abusivas las acciones. Más aún, la doctrina establecida es citada en los fallos posteriores del TDLC⁹.

III. ¿Por qué resulta relevante perseguir los abusos del derecho a la acción o de petición?

La mejor forma de ilustrar la gravedad que puede llegar a tener esta práctica es con una historia de “ficción”, la que he tomado prestado a Alfredo Bullard, en su artículo “El abogado del diablo. El abuso de procesos legales como prácticas anticompetitivas”¹⁰.

La historia transcurre en un país de Sudamérica en que existe un monopolista en el mercado tabacalero, en que los precios de los cigarros han llegado a ser los más altos del continente. Los márgenes de ganancia incentivan a una empresa extranjera a instarse en el país, para desafiar al monopolista.

El desafiante compra un terreno y comienza con los trámites para obtener los permisos y

⁸ **Sentencia 104/2010** recaída en los autos C 139-07 “Requerimiento de la FNE contra Telefónica Móviles de Chile S.A. y otros”

Disponible en: http://www.tdclc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_%20104_2010.pdf

⁹ Por ejemplo: **Sentencia 90/2009** recaída en los autos C 165-08 “Requerimiento de la FNE contra la Cia. Chilena de Fósforos S.A.” en su Considerando Septuagésimo Sexto.

¹⁰ Alfredo Bullard González, “Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales”, Editorial Palestra, Lima, 2006, segunda edición, pág. 1265 y siguientes.

construir su planta productora, lo que, en condiciones normales, los dejarán en posición de ingresar con sus productos al mercado dentro de un año.

El monopolista en peligro debe diseñar **estrategias para enfrentar al desafiante**. Algunas de estas serán legítimas como reducir costos, mejorar sus productos, mejorar canales de distribución, etc. y otras no tanto, como incrementar costos del desafiante a través de cláusulas de exclusividad en los canales de distribución, negativas de venta a quienes distribuyan al desafiante, etc.

Pero resulta que todas estas medidas tienen sus costos y problemas, ya que cuestan dinero, reducen márgenes de comercialización y, en definitiva no garantizan que el desafiante no entrará o postergará su ingreso al mercado.

Frente a esta disyuntiva se propone un “plan”, consistente en hostigar al desafiante con una infinidad de recursos procesales, acciones y peticiones administrativas, en que se premiará cada mes de retraso en el ingreso al mercado del desafiante.

Así se inicia una seguidilla de acciones, interdictos posesorios, acciones de amparo del medio ambiente, solicitudes de cambio de uso de suelo, pertenencias mineras, oposición a los permisos de edificación y luego demandas de nulidades de los mismos, etc. Todo esto bajo el manto protector del derecho a la acción y petición.

El corolario de la historia es que la empresa desafiante, o bien desistió de hacer su inversión o entró al mercado varios meses o años después de lo previsto, todo ello en beneficio del monopolista y, en perjuicio además de los consumidores.

Esta historia no resulta tan distinta a causas conocidas por nuestro TDLC, siendo la causa más emblemática la demanda en contra de Sociedad Sal Punta Lobos S.A. (en adelante, “Sal Lobos”), en que su competidora Compañía Minera Cordillera S.A. (en adelante, “Cordillera”) le imputó un plan de acoso judicial, encaminado a evitar o postergar a Cordillera el acceso al Puerto de Patache.

En efecto y tal como se consigna en la Sentencia del TDLC, Sal Lobos dedujo las siguientes acciones o peticiones:

- 1) Solicitud administrativa de caducidad de la concesión marítima;
- 2) Solicitud de inicio de investigación en la Dirección General de Territorio Marítimo;
- 3) Reclamo de Ilegalidad de la concesión marítima ante la Contraloría General de la República;
- 4) Reclamo de Ilegalidad de la modificación de la concesión marítima ante la Contraloría General de la República;
- 5) Demanda de nulidad de derecho público de la concesión marítima;
- 6) Demanda civil de cumplimiento de contrato de licitación, y
- 7) Demanda de nulidad de derecho público de la modificación de concesión marítima.

Además, en las tres acciones judiciales se solicitó y obtuvo **medidas precautorias**.

Finalmente, Sal Lobos no resultó vencedora en ninguna de sus peticiones o acciones, pero logró postergar durante mucho tiempo (más de tres años) el acceso de Cordillera al puerto.

IV. Requisitos que debe cumplir el abuso de acciones o peticiones para que sea contrario a la libre competencia.

En términos generales, para que el abuso sea contrario a la libre competencia, debe reunir los requisitos del “tipo infraccional” (competencia desleal), esto es:

- a) La ejecución de actos de competencia desleal, en este caso, abusos del derecho a la acción y/o petición,
- b) Que dichos actos tengan por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio, y
- c) El dolo.

Solo me extenderé respecto del primer requisito, ya que la aptitud de alcanzar, mantener o incrementar la posición de dominio es un tema bastante pacífico.

Así por ejemplo, se ha desechado demandas en que “*aun cuando se estimaran desleales esos comportamientos, no resultan, sin embargo, aptos para permitir a la demandada ... alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio en ninguno de los escenarios de mercado relevantes posibles, de suerte que no se puede considerar que hayan sido ejecutados con tal finalidad*”¹¹. (Énfasis agregado).

Ahora bien, respecto del “**abuso**” en mi opinión y al igual que en materia de “precios excesivos” la posibilidad de una falsa condena (error del Tipo 1) o, mejor dicho, de falsa absolución (error del Tipo 2), es muy alta. Además la dificultad de probar la intención abusiva del agente de mercado es muy grande, por lo cual estimo que el Sentenciador debería aplicar a las conductas investigadas, la mayor cantidad de los **criterios** que se han definido por la jurisprudencia.

Los indicados criterios elaborados por el TDLC y contenidos en la Sentencia 47/2006, son los siguientes:

- a) **Criterio del fin único o inequívoco**, según el cual las acciones, peticiones o recursos tienen que tener por fin inequívoco entorpecer la libre competencia.

Este criterio fue consagrado en el considerando Octogésimo sexto de la citada Sentencia y luego fue reiterado en el considerando Septuagésimo sexto de las Sentencias 83/2009 y 90/2009.

- b) **Criterio de la inavocabilidad**, según el cual, no corresponde al TDLC pronunciarse sobre el mérito individual de las acciones, recursos o peticiones que conformarían el “abuso”.

¹¹ Considerando 7º), Sentencia de la E. Corte Suprema, recaída en el recurso de reclamación deducido en contra de la **Sentencia 60/2007** recaída en los autos C 110-06 “*Demandas de Bayer HealthCare LLC contra Maver Ltda.*”

Disponible en: http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_60_Corte_Suprema.pdf

Este criterio fue consagrado en el considerando Octogésimo séptimo de la citada Sentencia.

- c) **Criterio de la utilidad**, según el cual, las acciones, recursos o peticiones, deben tener una utilidad para la parte que las utiliza, distinta de impedir o retrasar la entrada al mercado del desafiante.

Este criterio fue consagrado en el considerando Octogésimo octavo de la citada Sentencia.

- d) **Criterio de la contradicción**, según el cual, frente al cúmulo de acciones, recursos o peticiones, no puede haber una discordancia objetiva entre éstas, como lo sería, por ejemplo, que en un juicio se pida la nulidad de un contrato y, en otro, el cumplimiento del mismo contrato. Lo anterior, en el evento de resultar vencedor en ambas acciones, llevaría a Sentencias contradictorias.

En otras palabras, no se puede mantener “*simultáneamente intereses contradictorios ante diversos tribunales*”.

Este criterio fue consagrado en el considerando Octogésimo noveno y nonagésimo de la citada Sentencia.

Analizada la Sentencia del TDLC, se puede constatar que, para resolver los conflictos que se le ha plantado por esta materia, se ha seguido dos formulas:

- Fallar sobre la base de los **requisitos generales** de la competencia desleal, rechazando las acciones en que el demandado/requerido: **(i)** no detenta posición de dominio¹² o **(ii)** las conductas imputadas no tienen la aptitud de alcanzar, mantener o incrementar

¹² Por ejemplo, en cuanto, a la existencia de posición de dominio, la **Sentencia 40/2006** recaída en los autos C 62-05 “*Demanda de Electrónica Sudamericana Ltda., en contra Importadora Rourke y Kuscevic S.A.*” señaló que “*que, en conformidad a los antecedentes, los que han sido apreciados de acuerdo a las reglas de la sana crítica, este Tribunal ha llegado a la conclusión de que no se ha acreditado en autos una posición de dominio de la demandante, ni la evolución del mercado de las partes en el (...)*” (Considerando Octavo).

dicha posición¹³ o, finalmente (iii) que las conductas no tienen la aptitud de desviar clientela¹⁴.

- Fallar sobre el fondo, calificando las acciones, peticiones o recursos, sobre la base de los criterios indicados en la Sentencia 47/2006, estos casos se le ha dado una particular importancia y aplicación al **Criterio del fin único o inequívoco**, de modo tal que las demandas/requerimientos posteriores a la citada Sentencia, en que se ha entrado al fondo de la conducta denunciada, se han rechazado, así en la Sentencia 83/2009, en que se resolvió que:

“Que atendido lo expuesto, y dado que nos e ha acreditado en autos que Telefónica CTC haya ejercido las acciones y recursos administrativos y judiciales individualizados precedentemente con la finalidad inequívoca de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, la demanda debe ser necesariamente rechazada”¹⁵. (Énfasis agregado).

En este mismo sentido se pronuncio la última Sentencia dictada por el TDLC, en el conflicto suscitado en la industria de los fósforos, en que se consignó:

“Que, tal como se ha resuelto con anterioridad este tribunal (Sentencias N°47 de 2006 y Sentencia N°83 de 2009), para determinar si la interposición de diversas acciones configura un atentado a la libre competencia, es preciso dilucidar, entre otras cosas, si las mismas tuvieron por finalidad inequívoca impedir, restringir o

¹³ Por ejemplo, en cuanto a la “aptitud” de la conducta, la **Sentencia 10/2004** recaída en los autos C 27-04 “Avocación en Recurso de Reclamación de Coesam S.A., contra el Dictamen N° 1284 de la Comisión Preventiva Central” resolvió “tampoco es posible inferir de los antecedentes en los que se funda esta Sentencia que la conducta de la denunciada haya sido idónea para alcanzar una posición dominante en el mercado japonés” (Énfasis agregado) (Considerando Séptimo).

Disponible en: http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_10_2004.pdf

¹⁴ Por ejemplo, **Sentencia 60/2007** recaía en los autos C 110-06 “Demand de Bayer HealthCare LLC contra Maver Ltda”, “que, sin embargo, no es posible estimar a partir de la evidencia reunida en autos que, con las conductas denunciadas, Maver haya pretendido desviar clientela de Bayer, aprovechando el prestigio y la reputación de los productos TABCIN, porqué tales productos jamás se han comercializado en el mercado interno y no cuentan, por ende, con una clientela, nombre o reputación en el mercado nacional del que sea posible aprovecharse” (Considerando Vigésimo octavo). (Énfasis agregado)

Disponible en: http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_60_2007.pdf

¹⁵ Considerando Vigésimo primero de la citada **Sentencia 83/2009** recaída en los autos C 155-08 – “Demand de Telmex Servicios Empresariales S.A. contra Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A.”

Disponible en: http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_83_2009.pdf

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”¹⁶. (Énfasis agregado).

V. Los peligros de la tesis de la del criterio del fin único o inequívoco.

Como se anticipó y en mi opinión, la posibilidad de un error en la calificación de este tipo de abusos es muy significativa y, se traducirá normalmente en una **falsa absolución**.

Adicionalmente, la calidad de Garantías Constitucionales del derecho a la acción y petición, hacen conveniente ser especialmente riguroso en el análisis de estos conflictos.

Sobre esta perspectiva, las Sentencias posteriores a la 47/2006, en los casos en que se ha entrado al análisis de fondo de las acciones, peticiones y recursos, se ha apreciado una aplicación preminente del criterio del fin único o inequívoco, lo que a juicio de esta parte, aumenta la posibilidad de falsas absoluciones y no permite hacerse cargo de todas las hipótesis de hecho que puede revestir este abuso.

Lo anterior en función a las siguientes razones:

- 1.- Se privilegia un análisis individual y singular de las acciones, recursos o peticiones formuladas.

Revisadas las Sentencias, se puede constatar que ellas analizan en particular cada una de las acciones, peticiones y recursos, dando aplicación a este criterio, respecto de cada una de ellas.

Este análisis por separado, no refleja la circunstancia que una acción, petición o recurso, que individualmente puede tener un fin lícito y, por lo mismo, no permitiría sostenerse que tenga por fin único e inequívoco contrario a la libre competencia, si se

¹⁶ Considerando Septuagésimo sexto de la **Sentencia 90/2009** recaída en los autos “C 165-08 - Requerimiento de la FNE contra la Cia. Chilena de Fósforos S.A”.

analiza interrelacionada con las demás acciones, recursos y peticiones, puede constatarse que todas ellas en conjunto tienen un fin más general, distinto y contrario a la libre competencia, es decir, cada acción, recurso o petición, en su conjunto conforman un “plan”.

En este sentido resulta ilustrador lo señalado por el profesor Juan Colombo, en una famosa Sentencia arbitral, en que se indicó que:

“El mérito de este proceso, configurado por lo alegado y probado por las partes, lleva necesariamente a formar convicción en este Tribunal en el sentido de que todas las demandas, vinculadas entre sí, tienen un propósito superior distinto al de obtener judicialmente, en cada caso la declaración de un derecho litis”¹⁷. (Énfasis agregado).

En la mayoría de los casos, los litigantes tendrán la habilidad para darle a sus acciones, recursos y peticiones, un fundamento de plausibilidad mínimo, que deje su conducta abusiva fuera del estricto estándar fijado por el criterio en análisis, de tener la acción el fin “único e inequívoco” de afectar la libre competencia.

2.- Una acción singular podrá tener simultáneamente fines legítimos e ilegítimos.

En materias procesales, existen múltiples ejemplos en que una acción o recurso puede fundarse en una agravio real y efectivo, lo que lo legitima, pero a su vez no tener ninguna importancia o trascendencia, de modo tal que su interposición genera un innecesario gasto de recursos de la contraparte y del propio Estado a través del poder judicial o del organismo administrativo, en la resolución del mismo.

La doctrina ha considerado como un tipo de abuso procesal el “*empleo de las estructuras procesales para la satisfacción de intereses lícitos pero innecesarios* o

¹⁷ Fallo de don Juan Colombo Cambell, Autos Arbitrales caratulados “Inv. Socorama c/ Carter Holt Harvey International Limited”, Considerandos 165 y 166, citado por José Manuel Bustamante y Enrique Urrutia, “Competencia Desleal: Introducción al cumplimiento de contratos y ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales”, en “Competencia Desleal, análisis crítico y elementos para la aplicación de la Ley 20.169”, Universidad Los Andes, 2007, página 81.

por un procedimiento que puede evitarse por otro más simple, o menos oneroso”¹⁸.
(Énfasis agregado).

Este principio, ha sido reconocido en nuestra normas procedimentales civiles, específicamente en materias de incidentes de nulidad procesal, en orden a que el legislador no sólo exige la existencia de una actuación judicial nula, sino además que ésta provoque un vicio “**que irroque a alguna de las partes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad**”¹⁹. (Énfasis agregado).

Del mismo modo, la Ley de Procedimiento Administrativo establece el ”principio de no formalización”, disponiendo en su parte pertinente que “*el vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicios al interesado*”²⁰ (Énfasis agregado).

Más allá de las normas generales citadas, ha sido en el último tiempo el Tribunal Constitucional, quien ha reconocido desde el año 2008 que **LA LIMITACIÓN DEL DERECHO DE ACCIÓN ES CONSTITUCIONALMENTE LÍCITA, especialmente cuando ella ocurre después de presentarse la acción o recurso judicial**, y no cuando esta restricción ocurre *ex ante*, como es la situación de la consignación de todo o parte de una multa para reclamar judicialmente de la misma (lo que la doctrina conoce como “*solve et repete*”).

Aún más, el Tribunal Constitucional ha conocido de diversas acciones de inconstitucionalidad, la legitimidad constitucional de impedir y sancionar la **litigación infundada o frívola**.

Así, de modo ejemplar y sin pretender agotar las Sentencias que han analizado la argumentación sobre la litigación vejatoria, podemos citar la Sentencia rol 792, de 3

¹⁸ Ivana María Airasca, “*Reflexiones sobre la proscripción del abuso del derecho en el proceso*”, en *Abuso Procesal*, dirigido por Jorge W. Peirano, Editorial Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, página 103.

¹⁹ Inciso 1º del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil.

²⁰ Inciso 2º del artículo 13 de la Ley 19.880.

de enero de 2008, la Sentencia rol 1046, de 22 de julio de 2008; la Sentencia rol 1061, de 28 de agosto de 2008, la Sentencia de 27 de enero de este año (rol 1253) y las dos Sentencias del día 2 de abril de 2009 (roles 1262 y 1279).

Es decir, al menos seis Sentencias recientes (con votos unánimes o de mayoría sobre la materia), se ha reconocido que **el derecho a la acción no ampara ni justifica la litigación vejatoria.**

En dichas Sentencias, el Tribunal Constitucional ha razonado en el sentido que es constitucionalmente lícito establecer mecanismos que impidan la litigación infundada o dilatoria:

“debe tenerse presente que el derecho sí cuenta con una serie de instrumentos destinados a desincentivar la litigación infundada o puramente dilatoria, y que son idóneos para tales objetivos, pues sí discriminan y desincentivan los libelos que carecen de fundamento plausible. Entre ellos, los exámenes de admisibilidad y la condenación en costas”²¹. (Énfasis agregado).

- 4.- La multiplicidad de acciones, denuncias y recursos lícitos, deducidas o intentadas conjuntamente.

Desde el punto de vista de la racionalidad económica y procesal, resulta evidente que existiendo muchas alternativas judiciales o administrativas para enfrentar un conflicto, siendo todas ellas singularmente lícitas, resulta un despropósito ejercer todos los derechos conjuntamente. Cuando se actúa contradiciendo esta racionalidad y se deducen o utilizan todas las vías, estamos en presencia de lo que el profesor Colombo calificaba como **“el propósito superior distinto al de obtener judicialmente”**.

En este contexto, el Tribunal Constitucional ha resuelto que:

“Que, en consecuencia, no puede aceptarse que, en la especie, el particular modo en

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1046-08 (1066), con. 26°.

que, supuestamente, se ha procurado el fin de balancear el derecho de acceso a la justicia con otros derechos o fines constitucionalmente lícitos, como puede ser el de evitar la litigación infundada o puramente dilatoria, resulte idóneo y proporcional y, por ende, justificado.”²² (Énfasis agregado).

5.- El estándar fijado por el tribunal es más riguroso que el del legislador

Como se ha indicado, el “abuso procesal” como hipótesis de competencia desleal, a partir de la Ley 20.169 tiene consagración legal y, en esta legislación, el estándar que se aplica es que el ejercicio de las acciones sean “**manifiestamente abusivas**”.

Como se desprende del literal g) del artículo 4 de este cuerpo legal, el concepto de “manifiestamente abusivo”, no importa de modo alguno que el ejercicio de las acciones tenga como fin único e inequívoco el ser un acto de competencia desleal.

De este modo, estimo que este criterio recoge de mejor manera el carácter mixto (legítimo/legítimo) que puede tener una conducta abusiva.

En conclusión, estimo que la aplicación preminente de este criterio no permite dimensionar en su integridad conflictos de esta naturaleza, ya que en la mayoría de los casos la utilización de acciones derechamente lícitas y frente a la existencia de un agravio o interés legítimo, dejan de tenerlo, cuando se analizan en su conjunto, dimensión que sí reconocen otro de los criterios planteados por la Sentencia 47/2006, cual es el criterio de la **contradicción**.

No obstante lo anterior, éste sólo criterio no permite dimensionar en su totalidad la problemática aquí planteada, toda vez que, es posible sostener la existencia de acciones o peticiones distintas, ante diversas sedes, que no sean contradictorias entre sí, pero que analizadas en su conjunto tienen un fin superior distinto al de obtener judicialmente, puede ser contrario a la libre competencia.

Este podrá ser por ejemplo, el caso en que en un proceso de licitación, el competidor no

²² Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1279-08, con. 25°.

adjudicado, deduzca **simultáneamente**: (i) los recursos administrativos y contenciosos administrativos, contemplados en la legislación sectorial; (ii) acciones civiles de nulidad de derecho público de los mismos actos administrativos o de actos anteriores que sirvieron de base para el otorgamiento de la concesión y; (iii) denuncias en Contraloría por los mismos hechos.

En el ejemplo transscrito, todas las acciones judiciales o administrativas indicadas, son lícitas, respecto de todas ellas, puede el actor invocar intereses legítimos, analizadas individualmente no se puede afirmar que tienen como fin inequívoco el postergar la entrada al mercado de quién tuvo la concesión, pero en la práctica y operando conjuntamente, pueden importar un retraso en la entrada al mercado de un competidor o de una nueva tecnología de meses o años.

De hecho esta problemática ha sido reconocida por la autoridad sectorial en materia de telecomunicaciones y por el propio ejecutivo, lo que ha quedado reflejado en el Proyecto de Ley del Panel de Expertos en el Sector de Telecomunicaciones, en que se indica:

“ (...) Según se trate de distintas materias contenidas en la Ley General de Telecomunicaciones, la resolución de controversias puede recaer en la Subsecretaría de Telecomunicaciones, el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, comisiones periciales ad-hoc, o la autoridad judicial, sin que en caso alguno, la experiencia indique que la radicación de un asunto en alguna de estas instancias inhiba a las partes involucradas de intentar plantear los mismos hechos, paralela o sucesivamente en otra de las nombradas o en terceras, como la Contraloría General de la República”. (Énfasis agregado).

“Lo anterior, no sólo perjudica la conformación de un sano ambiente de seguridad jurídica respecto del tratamiento de los diferendos sectoriales, sino que también constituye un incentivo para que los operadores eternicen los procesos de resolución, replicándolos en distintas sedes y ocasionando intencionadamente o no, una ralentización de la introducción de competencia y nuevas tecnologías y consiguientemente, del necesario desarrollo sectorial”. (Énfasis agregado).

“Esta inadecuación genera en los interesados incentivos para la litigación dilatoria extrema, la que es adversa al interés público (...)”²³.(Énfasis agregado).

Otro problema que se divisa en la aplicación preminente del criterio del fin único o inequívoco, es que puede llevar al TDLC a contradecir otros criterios.

Como indicábamos, la Sentencia 47/2006, consagra el **criterio de la inavocabilidad**, que ya venía de Sentencias anteriores, en orden a que el TDLC, no puede entrar a calificar la pertinencia de las alegaciones de fondo de cada uno de las acciones, recursos o peticiones invocadas como parte del abuso. Así, el TDLC resolvió expresamente que “*En el marco de estas acciones, respecto de cuyo mérito individual no corresponde pronunciarse este Tribunal...*”²⁴.(Énfasis agregado).

No obstante, si se analiza la Sentencia 83/2009, se puede observar que, por un lado (i) se extraña un análisis de las acciones, recursos y peticiones en su conjunto y la aplicación del criterio de la contradicción y; (ii) por otro lado, se constata que el Tribunal emite reiterados juicios de valor respecto de las acciones, recursos y peticiones denunciadas como parte del abuso.

Así por ejemplo, al analizar las acciones, recursos y peticiones, utiliza juicios de valor tales como: que éstas “*tenían, al menos, argumentos medianamente atendibles que justifican su interposición*” o “*que, de lo anterior, resulta claro que si bien los argumentos jurídicos esgrimidos por Telefónica CTC para fundar su recurso de reclamación de oposición puedan resultar discutibles (...) lo cierto es que Telefónica CTC fundó su recurso en un hecho cierto (...) a juicio de estos Sentenciadores este sólo hecho acredita que Telefónica CTC no tuvo*

²³ Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que se crea el Panel de Expertos en el sector telecomunicaciones, N°38-356, de 7 de abril de 2008.

²⁴ Último párrafo del Considerando Octogésimo Séptimo, de la citada **Sentencia N°47/2006** recaída en los autos C 13-04 “*Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Sociedad Punta de Lobos S.A*” En este mismo sentido, Considerando Tercero, de la **Sentencia 40/2006** recaída en los autos C 62-05 “*Demandas de Electrónica Sudamericana Ltda., en contra Importadora Rourke y Kuscevic S.A.*” y; Considerando Cuarto, de la **Sentencia 68/2008** recaída en los autos C 142-07 ‘*Demandas de Comercial e Importadora Audio Música contra el Sr. Ariel Lagas Canales*”.

por finalidad inequívoca y única impedir, restringir o entorpecer la entrada (...) o “como ya se señaló las razones por las cuales se otorgó tal derecho eran al menos jurídicamente discutibles”.

El que las Sentencias del TDLC entren a calificar materias que en muchos casos han sido resueltas por Sentencias firmes de otros Tribunales, no sólo transgrede el principio de invocabilidad, contemplado en la Sentencia 47/2006, sino que además, puede llegar a infringir principios procesales tales como la competencia, la invocabilidad del artículo 8º del Código Orgánico de Tribunales o la Cosa Juzgada.

VI.- Del contenido del abuso de procedimiento.

Tradicionalmente, se ha planteado que este tipo de abuso se materializa por la interposición de varias acciones judiciales y, más recientemente, de varias peticiones, es decir, recursos administrativos o solicitudes a la administración pública.

Como se sabe, la legislación de libre competencia, no ha tipificado taxativamente las diversas hipótesis que configurarían la competencia desleal por litigación infundada o vejatoria. Si bien la Ley de Competencia Desleal, si tipifica algunas hipótesis, entre ellas, la de la letra g) del artículo 4º, que se circscribe solamente a las *“acciones judiciales”*, es el propio legislador quien se encarga en indicar que ésta enumeración no es taxativa.

De este modo, y en mi opinión, el contenido de esta hipótesis de competencia desleal es amplio, de modo tal que debe contemplar cualquier acción, recurso o petición, de carácter judicial o administrativo, que conjuntamente con otras acciones, recursos o peticiones, trasciendan su fin particular y tengan en conjunto un propósito superior distinto, con la aptitud de alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio.

En este contexto, los recursos deben también ser considerados como acciones concretas, que pueden ser constitutivas de un abuso del derecho y, por lo mismo, de una competencia desleal.

Así además lo ha declarado la doctrina, por ejemplo el profesor Barros Bourie, ha señalado que:

“Las conductas abusivas en materias de recursos procesales, cuando manifiestamente sólo tengan una finalidad dilatoria de la situación de hecho favorable a quine lo interpone y, en general, cualquier actuación atribuible a mala fe o a negligencia temeraria por parte de quien provoca el daño”²⁵.

VII.- A título de conclusiones.

El objeto de estas palabras no ha sido más que intentar una aproximación a un tema fascinante y complejo, sobre la base del análisis de la jurisprudencia dictada sobre el particular.

Resulta evidente que frente a la pluralidad de autoridades y tribunales ordinarios y especiales, la tentación del monopolista o de quién aspira a serlo de recurrir a estas prácticas de obstaculización, por la vía de generar múltiples acciones, recursos y peticiones, es un hecho que no podemos desconocer.

Frente a esta problemática, estimo que la solución jurisprudencial reflejada en las últimas Sentencias, de **dar preeminencia al criterio del fin único o inequívoco**, no sólo aumento el riesgo de falsas absoluciones, sino que además no refleja un conjunto de casos que no obstante poder tener en parte un fin lícito o legítimo, analizados en el contexto con las demás conductas denunciadas, pueden ser constitutivas de una práctica de competencia desleal.

Por lo mismo, estimo que un tema complejo como este, requiere de un análisis profundo, que considere, a la vez, la mayor cantidad posible de criterios y que, por sobre todo, pondere todas las acciones, recursos y peticiones en su dimensión global, que permita establecer si ellas tienen, en palabras del profesor Colombo, un propósito superior distinto al de obtener judicialmente.

²⁵ Enrique Barros Bourie *“Tratado de Responsabilidad Extracontractual”*, Editorial Jurídica de Chile, 2006, página 645.

Termino estas palabras citando nuevamente al profesor Bullard:

“Y el abogado del Diablo existe y está dispuesto a usar el sistema legal para sacar competidores del mercado. Finalmente su objetivo no es ganar casos sino proteger la posición de dominio de su cliente”.

Otros artículos de los BLC son disponibles en:

<http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/>

y

<http://lalibrecompetencia.com/boletin-latinoamericano-de-competencia/>