

# ACCIONES JURÍDICAS Y COMPETENCIA DESLEAL: UN ANÁLISIS DESDE LA JURISPRUDENCIA

## *LEGAL ACTIONS AND UNFAIR COMPETITION: EXAMINING THE CASE LAW*

*Fernanda Juppet Ewing\**

*Diego Pérez Lasserre\*\**

### *Resumen*

El artículo elucidará los requisitos que tanto la Corte de Apelaciones como el Tribunal de la Libre Competencia han señalado que se deben verificar para efectos de considerar que un ejercicio de acciones jurídicas constituye una hipótesis de abuso del derecho. A partir de ello, se muestra cómo los requisitos establecidos por ambas instancias, difieren sustancialmente en su interpretación respecto de los términos planteados en esta investigación.

Palabras clave: Jurisprudencia, acciones jurídicas, abuso del derecho.

### *Abstract*

The purpose of this work is to elucidate the requirements that both the Court of Appeals and the Antitrust Court have indicated that must be fulfilled for the exercise of a legal action to be considered as a right's abuse. The article identifies the doctrinal differences between the decisions enacted by both courts.

Keywords: Case law, Legal actions, Right's abuse.

---

\* Doctora en Business Management. Artículo enviado el 12 de diciembre de 2018 y aceptado para su publicación el 2 de marzo de 2019. Correo electrónico: mfjuppet@gmail.com

\*\* Magister en Filosofía, Universidad Diego Portales. Profesor de Derecho Civil y Filosofía del Derecho, Universidad San Sebastián. Artículo enviado el 12 de diciembre de 2018 y aceptado para su publicación el 2 de marzo de 2019. Correo electrónico: diego.perezl@uss.cl

## I. Introducción

Iniciar un procedimiento judicial con la finalidad de ver satisfechas pretensiones legítimas, es un acto que *a priori* no tiene nada de reprochable. De hecho, la litigación es una de las formas de solucionar conflictos de relevancia jurídica que tiene reconocimiento judicial desde la Carta Fundamental de 1823, la cual, en su artículo 118, señalaba:

“Es libre el derecho individual de presentar peticiones ante las autoridades constituidas, sin que puedan limitarse ni modificarse, procediendo legal y respetuosamente”<sup>1</sup>.

En palabras sencillas (en principio), no tiene nada de malo demandar.

Lo anterior, empero, no obsta a que bajo ciertas circunstancias el hecho de ejercer acciones judiciales sea reprochable. En particular, en referencia a aquellos casos en que se utiliza este mecanismo para solucionar controversias como un medio para generar un daño a un tercero. Es decir, es posible identificar ciertos incidentes en los cuales el ejercicio de acciones judiciales se constituye como una hipótesis de lo que se conoce como “abuso del derecho”.

Como indica Álvaro Mendoza, esta figura fue fundada principalmente en la práctica, dejando de lado la discusión filosófica que lo sustenta<sup>2</sup>, por lo que resulta de suyo necesario acotar la necesidad de la incorporación de un criterio filosófico como el abuso del derecho en el ejercicio de actividades económicas. Si se sigue en esto a Enrique Cuentas Ormachea:

“...la vida en sociedad impone la represión de la maña fe del egoísmo y de actos, aun triviales, que origine una persona en el ejercicio de sus derechos, en detrimento de terceros. Asimismo lo están en la necesidad de que el derecho positivo debe acoger esa represión mediante una fórmula que solucione satisfactoriamente el conflicto de intereses entre el agente que ejerce su derecho en forma abusiva y el derecho que queda afectado por ese ejercicio”<sup>3</sup>.

Esta realidad, es aún más evidente en materia comercial que en otras disciplinas, ya que la incorporación de principios de competencia leal, buena fe hacia otros agentes competidores del mercado, responsabilidad social, entre otros, han forzado a las organizaciones empresariales a incor-

---

<sup>1</sup> *Constitución Política del Estado de Chile*, 1823, artículo n.º 118.

<sup>2</sup> Álvaro MENDOZA DIEZ, “Filosofía del abuso del derecho”, p. 259.

<sup>3</sup> Enrique CUENTAS ORMACHEA, “El abuso del derecho”, p. 465.

porar criterios éticos que limitan sus actuaciones y estrategias comerciales, lo cual aplicado al concepto de abuso del derecho, nos lleva a:

“... establecer si el agente puede o no hacer uso de la facultad que le concede la ley cuando ese ejercicio afecta a un tercero o al grupo social, es decir, si el agente puede o no ejercitar su facultad jurídica dentro de los límites legales”<sup>4</sup>.

De tal manera, a modo de referencia, se debe secundar a Álvaro Mendoza, quien indica que se puede configurar el abuso del derecho mediante las siguientes instituciones:

“el enriquecimiento indebido, el daño moral, el ejercicio irregular de un derecho, los actos ilícitos, el ocuparse más de la persona del litigante que del asunto controvertido, el pluspetito y el mantenimiento de terrenos improductivos”<sup>5</sup>.

Para efectos del presente análisis, el centro de la investigación se enfoca en el ejercicio irregular del derecho a litigar por medio de la presentación de acciones tendientes a dificultar el ejercicio de la actividad económica de un competidor mediante la incorporación de barreras a la entrada artificiales en un determinado mercado.

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que una hipótesis de abuso del derecho, fundada en un desmedido ejercicio de acciones judiciales, puede ser conocida tanto por el Tribunal de la Libre Competencia como por las Cortes de Apelaciones. Como bien señala Ingrid Ortiz:

“frente a este panorama la solución más sencilla y la más obvia consistió en admitir que junto a las autoridades administrativas (aplicación pública de las normas de libre competencia), los jueces y tribunales también tenían competencia para aplicar en forma directa las normas antitrust y para declarar los efectos que derivaban de su infracción. Surgió así el sistema de aplicación privada del derecho antitrust o la aplicación judicial de las normas de libre competencia, en virtud del cual las partes pueden solicitar al juez competente la aplicación directa e inmediata de esta normativa y consecuentemente la declaración de los efectos civiles que se derivan de su incumplimiento, sin que resulten necesario un trámite y una decisión administrativa de carácter previo. Bajo este sistema de aplicación privada, las autoridades administrativas conservan la facultad de investigar y

---

<sup>4</sup> CUENTAS, *op. cit.*, p. 466.

<sup>5</sup> MENDOZA, *op. cit.*, p. 259.

sancionar (imponer multas) a los infractores de las disposiciones de libre competencia como guardianas del orden público económico”<sup>6</sup>.

Es decir, se está frente a una infracción que tiene dos vías jurisdiccionales de solución.

Cabe, entonces, preguntarse: ¿Es posible identificar elementos que permitan diferenciar una vía de la otra? Se intentará, por tanto, dilucidar los requisitos legales y jurisprudenciales que permitirían distinguir si un caso es subsumible bajo uno u otro cuerpo normativo. Se abordará esta cuestión mediante la siguiente estructura: primero, se explicará en qué casos el ejercicio de acciones judiciales puede constituir una hipótesis de abuso del derecho (III); segundo, se especificarán las condiciones bajo las cuales este proceder puede ser considerado como una hipótesis de competencia desleal (III, 1); tercero, se revisará lo que el Tribunal de la Libre de Competencia (VI, 1) y la Corte de Apelaciones (VI, 2) han señalado respecto a los requisitos que han de concurrir para distinguir si un caso de hostigamiento judicial contraviene lo señalado por la ley n.º 20169 o lo establecido en el decreto ley n.º 211. Finalmente, se realizará una breve reflexión de todo lo dicho (V).

## *II. Metodología*

Para analizar la competencia desleal en la aplicación del abuso del derecho (por medio de la interposición de demandas incompatibles o abusivas como estrategia de generación de barreras de mercado), se revisaron 67 sentencias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia entre los años 2013 a 2018. Asimismo, se examinaron quince sentencias referentes a la aplicación de la ley de competencia desleal en diversas Cortes de Apelaciones del país y tribunales civiles, recogiendo aquellas que, en forma ejemplar, propusieron una serie de requisitos objetivos e identificables en su análisis, que pudieran ser utilizados como guía para la aplicación práctica de criterios jurisprudenciales en futuros litigios de la referida materia.

---

<sup>6</sup> Ingrid ORTIZ BAQUERO: “La aplicación privada del derecho antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la libre competencia”, p. 7.



### III. Ejercicio de acciones judiciales como hipótesis de abuso del derecho

Antes de analizar en qué casos el ejercicio de una acción judicial puede considerarse como una hipótesis de abuso del derecho, es necesario esclarecer a qué se hace referencia con esta figura que lleva por nombre “abuso del derecho”. Cabe prevenir, empero, que aquí solo se proporcionará un brevísimo marco teórico sobre lo que los autores han dicho respecto al abuso del derecho, y no se pretende, por tanto, agotar el tema ni proporcionar solución al mismo. Dicho esto, se revisará qué es el abuso del derecho.

John Crabb señala:

“cuando se abusa de un derecho, el responsable está técnica o mecánicamente dentro de los límites formales del derecho concedido, y podría también actuar de manera cuidadosa; pero no estará ejerciendo el derecho conforme a su naturaleza y objeto, sino más bien para algún otro objetivo no contemplado al otorgarlo”<sup>7</sup>.

Es decir, quien abusa del derecho está actuando dentro de la legalidad, pero utiliza los medios que el derecho proporciona con un fin distinto de aquel previsto<sup>8</sup>. Claudio Illanes Ríos, por su parte, señala que hay un abuso del derecho cuando este “se ejercita maliciosamente, con el propósito de dañar a otro”<sup>9</sup>. O sea, no basta con que el derecho se utilice para un fin distinto que el previsto, también es necesario que este uso desvirtuado genere un daño a un tercero. Por último, cabe agregar que se requiere que el ejercicio abusivo de este derecho genere una utilidad para su titular<sup>10</sup>.

En definitiva, la teoría del abuso del derecho toma como premisa que en todo ordenamiento jurídico hay implícitos elementos teleológicos que obliga a los individuos de la comunidad a orientar sus acciones (y omisiones) hacia determinados fines sociales y económicos. En ese sentido, todo acto contrario a estos fines se constituiría como una vulneración al principio de buena fe. Ahora, y como bien señala Ambrosio Rodríguez:

“el ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe no sólo cuando no se utiliza para la finalidad objetiva o función económica o social

---

<sup>7</sup> John CRABB, “El concepto francés de abuso del derecho”, p. 34.

<sup>8</sup> Entendemos por “fines del derecho”, siguiendo a Agustín Squella, “los objetos a cuya consecución el derecho se dirige u orienta, esto es, aquellos para lo cual el derecho está en definitiva constituido”. Agustín SQUELLA, *Introducción al derecho*, pp. 511-512.

<sup>9</sup> Claudio ILLANES RÍOS, “El abuso del derecho”, p. 80.

<sup>10</sup> Cfr. María Fernanda JUPPET EWING, “Hostigamiento judicial como ilícito de libre competencia: Análisis del caso Sal Lobos”, p. 594.

para el cual ha sido atribuido su titular, sino también cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone en el tráfico jurídico”<sup>11</sup>.

Para Maurice Hauriou, serán requisitos para la configuración de este ilícito los siguientes:

“que el acto esté de acuerdo con una norma que aparentemente lo autoriza; la falta de un límite al exceso de lo que comenzó realizándose conforme al derecho; el exceso mismo y el daño inferido a alguien”<sup>12</sup>.

En otras palabras, el ejercicio desleal de un derecho puede constituir una hipótesis de abuso del derecho.

Lo anterior nos lleva a justificar que un ejercicio abusivo de acciones judiciales es sancionable en nuestro ordenamiento jurídico por dos vías distintas, a saber, por medio del decreto ley n.° 211, que Fija normas para la Defensa de la Libre Competencia y a través de la ley n.° 20169, que regula la competencia desleal. En lo que sigue nos dedicaremos a especificar en qué casos dicha conducta es sancionable por una u otra vía.

Como bien señala Oscar Contreras, es necesario tener en consideración que:

“las normas de competencia desleal no están diseñadas ni orientadas para castigar la actividad competitiva, sino sólo aquellos actos o conductas que excedan el marco normativo autorizado por la ley, utilizando para ello medios ilegítimos, deshonestos o reñidos con la buena fe o las buenas costumbres mercantiles”<sup>13</sup>.

Cabe tener en consideración, empero, que se ha de tomar el concepto de “actos que exceden el marco normativo” en un sentido amplio. Es decir, incluyendo tanto los actos que van más allá de la ley, como aquellos que se enmarcan formalmente en un contexto legal, pero que, en su materialidad, vulneran los fines sociales y económicos implícitos en el ordenamiento jurídico. En ese sentido, el estatuto de protección de la competencia tiene por objetivo proteger la buena fe del mercado mediante el establecimiento de limitaciones al ejercicio del poder comercial de ciertos actores.

Los dos cuerpos legales que sancionan la competencia desleal, a saber, la ley n.° 20169 y el decreto ley n.° 211, coinciden en considerar como

<sup>11</sup> Ambrosio RODRÍGUEZ QUIROZ, “Teoría de los actos propios”, p. 63.

<sup>12</sup> Véase MENDOZA, *op. cit.*, p. 258.

<sup>13</sup> Oscar CONTRERAS, *La competencia desleal y el deber de la corrección en la ley chilena*, p. 22.

hipótesis de competencia desleal el ejercicio malicioso de acciones judiciales. En ese sentido, el artículo 4 de la ley n.º 20169 señala:

“se considerarán actos de competencia desleal los siguientes: [...] g) El ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente del mercado”,

mientras que el artículo 3 del decreto ley n.º 211 establece:

“se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes: [...] c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”.

Es decir, la ley n.º 20.169 subsume la hipótesis de ejercicios abusivos de acciones judiciales bajo el concepto de “competencia desleal”, mientras que el decreto ley n.º 211 señala que para que un acto de competencia desleal (concepto que ya incluye el hostigamiento judicial) se considere como contrario a la libre competencia es necesario que este se realiza con el fin de obtener o perpetrar en el tiempo una posición dominante en el mercado. En pocas palabras, para justificar que un acto de competencia desleal es contrario a la libre competencia en los términos de la ley n.º 20169 es necesario un elemento adicional, a saber, una intencionalidad dirigida a la posición dominante de mercado, mientras que bajo el amparo de la ley de competencia desleal (DL n.º 211) no es necesario que aquel actor económico –al que se le imputa la conducta anticompetitiva– cuente con poder de mercado, sino que basta que utilice estas acciones para entorpecer el ejercicio de las actividades comerciales de su competencia.

Ahora bien, ¿por qué el ejercicio desmedido y maliciosos de acciones judiciales puede ser considerado como una hipótesis de competencia desleal? Por dos razones. Primero, porque en estos casos se utilizan los mecanismos tanto judiciales como administrativos, pero no con intenciones de solucionar conflictos de relevancia jurídica; es decir, se utilizan para un fin distinto de aquel para el cual están establecidos. Segundo, debido a que el hostigamiento judicial obliga al competidor a incurrir en gastos innecesarios en asesoría legal y administrativa, lo que limita su capacidad económica para competir libremente en el mercado. O sea, los altos costos que conlleva el defenderse de una cantidad desmedida de procedimientos judiciales y administrativos se constituye como una barrera de mercado para quien es sujeto pasivo de los mismos. En ese sentido, parece bastante acertada

la descripción de hostigamiento judicial que hacen Susana Grau Arnau y Ana Merino Castelló, a saber, que se trata de un:

“comportamiento estratégico por el cual un operador que actúa en el mercado incurre deliberadamente en unas pérdidas a corto plazo con la intención de eliminar o debilitar uno o varios competidores para así, incrementar su poder de mercado y poder fijar, a largo plazo y de forma sostenida, unos precios más elevados que le concedan rentas monopolísticas”<sup>14</sup>.

En otras palabras, en el hostigamiento judicial hay lo que se podría llamar demandas o denuncias predatorias que tiene por objetivo aumentar los costos del competidor.

Finalmente, es importante tener en cuenta que, para considerar un caso como hipótesis de hostigamiento judicial, no es necesario que quien intente las acciones tanto judiciales como administrativas tenga por fin el impedir de manera definitiva la entrada de un competidor al mercado. Por el contrario, basta que con ello se pretenda retrasar la entrada al mercado del mismo. De esta forma, es suficiente que quien se constituye como sujeto activo del hostigamiento judicial pretenda mantener su posición en el mercado por el mayor tiempo posible<sup>15</sup>.

#### *IV. Distinción: requisitos legales y jurisprudenciales para identificar la ley aplicable*

Una vez esclarecidas las condiciones bajo las cuales el ejercicio de acciones judiciales puede ser considerado como una hipótesis de competencia desleal, corresponde proporcionar los elementos que la jurisprudencia ha señalado y que permiten identificar si un caso particular de ejercicio de acciones es sancionable o no. Si bien, en el apartado anterior se señaló que la ley n.º 20169 indica que para que este cuerpo legal sea aplicable, es necesario que la conducta de competencia desleal tenga aparejado un elemento adicional, a saber: una intencionalidad dirigida a obtener o mantener una posición dominante en el mercado; es interesante tener en cuenta que la jurisprudencia ha ido complementando esta materia. Es decir, el análisis de jurisprudencia tanto del Tribunal de la Libre Competencia como de

---

<sup>14</sup> Susana GRAU ARNAU, Ana Merino CASTELLÓ, “Sentencia Altadis: Elemento intencional en el test de precios predatorios”, p. 2.

<sup>15</sup> En el mismo sentido, JUPPET EWING, *op. cit.*

la Corte de Apelaciones, complementa los requisitos señalados por la ley, al menos en forma preliminar, ya que, si bien existe una correlación entre los fallos, su número resulta insuficiente para consagrar una tendencia. En lo que sigue, se facilitarán estas exigencias jurisprudenciales:

### 1. REQUISITOS SEÑALADOS

#### POR EL TRIBUNAL DE LA LIBRE COMPETENCIA EN SU JURISPRUDENCIA

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia conoció en detalle la temática del hostigamiento judicial como conducta de competencia desleal a propósito del caso Compañía minera Cordillera S.A. y otros, contra Sociedad Punta de Sal Lobos S.A. En este caso, el único hasta el momento de hostigamiento judicial como constitutivo de conducta de competencia desleal, el Tribunal de la Libre Competencia señaló que, además del elemento normativo ya indicado, es necesario que concurran las siguientes circunstancias para considerar que una hipótesis de hostigamiento judicial es sancionable de acuerdo a la ley n.º 20169:

- a) Que el actor que interponga acciones judiciales o administrativas en contra del rival se encuentre dotado de la calificación de empresa dominante

Se entiende por posición dominante una conducta, que es contraria a la libre competencia, en la cual el comportamiento de una empresa o de un conjunto de empresas se caracteriza por hacer un uso abusivo o antijurídico del poder de mercado, con el fin de explotar o preservar una renta monopólica en un mercado determinado<sup>16</sup>. Ahora, si bien, y como ya se señaló, este es un requisito determinado por la ley n.º 20169, el Tribunal de la Libre Competencia lo ha complementado especificando indicios que permitirían elucidar si se está o no frente a una empresa o grupo de empresas con poder de mercado. En específico ha indicado:

“para analizar la posibilidad de ejercicio de poder de mercado es necesario analizar las condiciones de competencia existentes en el mercado relevante definido, lo que no sólo implica medir el nivel de concentración del mismo, sino también la posibilidad de sustitución de un proveedor de bienes o servicios por otro y la eventual entrada de nuevos competidores, o las barreras a la entrada que impedirían o disminuirían la eficacia disciplinadora de tal competencia potencial”<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> En este sentido, Hernán RODRÍGUEZ FLORES, “Abuso de posición dominante en Chile: Casos relevantes”.

<sup>17</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Informe n.º9/2013, p. 34.



En otras palabras, para determinar si una empresa tiene o no poder de mercado, no basta con elaborar una regla general que especifique todos y cada uno de los requisitos que se han de cumplir para estar ante una hipótesis como esta y luego verificar si en un caso particular estos se dan o no. Por el contrario, se ha de atender a las particularidades del mercado (sus condiciones, la sustituibilidad de la prestación, las barreras de entrada, etc.) y de la empresa objeto de un litigio, para determinar si acaso se está frente a un caso de poder de mercado. Puesto de otro modo, cada mercado y cada empresa es un mundo, por lo que, si bien son útiles las descripciones generales y abstractas de lo que es una entidad con poder de mercado, estas no bastan para determinar con justicia si en un caso particular estamos frente a una hipótesis de poder de mercado.

- b) El ejercicio de dicho derecho no debe sobrepasar el respeto de los derechos de otras personas y al orden público que resguarda el interés general

En el considerando octogésimo quinto de la sentencia en comento, el Tribunal de la Libre Competencia señala:

“que los derechos de acción y petición –por discrecional que pueda ser su ejercicio– no comprenden la facultad de su titular de infringir la libre competencia. Un adecuado entendimiento de los derechos subjetivos considera como límite natural a su ejercicio el respeto de los derechos de otras personas y al orden público que resguarda el interés general. El D.L. N° 211 es precisamente una de las fronteras que el ordenamiento jurídico reconoce al ejercicio de los derechos, de manera que la conducta que lo infringe no puede ser considerada –al mismo tiempo– un derecho y una infracción”<sup>18</sup>.

En otras palabras, asevera que el derecho a pedir a los tribunales que solucionen un conflicto de relevancia jurídica se enmarca en un contexto social. Esto significa que el ejercicio de este derecho ha de tener como fin mantener la paz social y no obtener beneficios de carácter individual (como sería conseguir o mantener una posición dominante en el mercado). En ese sentido, el elemento teleológico del derecho de acción y petición se constituye como una limitante para el ejercicio de los mismos, en el entendido de que estos derechos no se pueden utilizar, sino con la finalidad de obtener una solución pacífica de los conflictos de relevancia jurídica. Por lo tanto, para que el ejercicio de acciones de carácter judicial, administra-

---

<sup>18</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, rol 47-2006, p. 57.



tiva o ambos, se constituya como una hipótesis de competencia desleal sancionable por la Ley n.º 20169 es necesario que quien intente estas acciones pase a llevar el interés general mediante el uso egoísta e individualista de los mecanismos contemplados en el ordenamiento jurídico.

c) Que las acciones interpuestas por la empresa dominante sean útiles para ella

Como bien señala Ambrosio Rodríguez:

“un elemento que facilita enormemente la prueba de la intención de dañar es determinar si el ejercicio del derecho cuestionado le reporta utilidad o no a su titular. Se ha estimado que la falta de utilidad en el acto ejecutado es una demostración de la intención dañosa, o, a lo menos, de culpa, por cuanto no se explica que alguien ejerza un derecho sin una finalidad concreta y específica”<sup>19</sup>.

Del mismo modo, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en el considerando octogésimo octavo de la sentencia en comento, afirma:

“que en las impugnaciones –tanto administrativas como judiciales– del D.S. N° 139-2002, resulta imposible advertir alguna utilidad para SPL –en caso de resultar vencedora de ellas– distinta de impedir la entrada de sus competidores al mercado nacional de la sal, conservando artificial e ilegítimamente su posición dominante en él”<sup>20</sup>.

Es decir, asevera que, un elemento determinante para identificar si el ejercicio de acciones judiciales o administrativas constituyen o no un caso de hostigamiento judicial, es el hecho de que la eventual utilidad que le reportaría al demandante o denunciante sería exclusivamente el mantener o aumentar su posición dominante de mercado. En otras palabras, el juez ha de realizar una operación hipotética en la cual se ha de poner en el escenario de que las pretensiones del demandante o denunciante arriban a buen puerto y, a partir de ahí, ha de determinar cuál es la utilidad que obtendría en ese contexto. Si lo único que ganara fuese la conservación artificial e ilegítima de su posición dominante en el mercado, dicha operación podría ser calificada como desleal.

---

<sup>19</sup> RODRÍGUEZ QUIROZ, *op. cit.*, p. 81.

<sup>20</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, rol 47-2006, p. 57.

d) Que la interposición simultánea de dichas acciones  
no sea calificable de contradictoria

En toda actuación en el mundo jurídico ha de existir una relación de índole hermenéutica. Con esto nos referimos a que es necesaria una coherencia entre las acciones (u omisiones) individualmente consideradas y el objetivo o fin que se pretende obtener<sup>21</sup> (es decir, una coherencia de las partes con el todo). A modo de ejemplo, es coherente que una persona que ha sufrido daños en un accidente de tránsito intente acciones tanto civiles como penales para que el hechor responda por los daños causados. Las acciones intentadas son coherentes con el objetivo que se persigue, toda vez que el éxito en las mismas traería como resultado la consecución del fin proyectado por quien las intentó. No parecería atingente, en cambio, que quien ha sufrido el accidente intentara acciones laborales contra el hechor, o denuncias de índole administrativo en contra de la sociedad en la cual el tipo es socio con el único objetivo de que este le indemnice por el daño causado en el accidente. Esto porque en caso de obtener una condena laboral o la imposición de una sanción administrativa no se cumpliría el objetivo que llevó a la interposición de las mismas, a saber: la indemnización de perjuicios por los daños causados en el accidente de tránsito.

En ese sentido, la falta de coherencia entre las acciones intentadas por un sujeto o entidad es un indicio de que la interposición de las mismas no tiene por objeto lograr los fines que llevó al ordenamiento jurídico a establecer dichos mecanismos de solución de conflictos, sino que, más bien, responde a un abuso de la institucionalidad jurídica que tiene por objetivo mantener o aumentar una posición dominante de mercado.

## 2. ANÁLISIS HECHO

### POR LA ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

Como bien se señaló en el segundo apartado de este trabajo, bajo el amparo de la ley de competencia desleal (DL n.° 211) no es necesario que aquel actor económico al que se le imputa la conducta anticompetitiva cuente con poder de mercado. Por el contrario, basta con que se utilicen estas acciones para entorpecer el ejercicio de las actividades comerciales de su competencia. De esta manera, el único elemento distintivo entre una y otra norma es el hecho de si la entidad tiene o no poder de mercado. Por lo tanto,

---

<sup>21</sup> En un sentido estrictamente hermenéutico, Hans-Georg Gadamer señala que a la comprensión del todo solo se puede llegar por medio de la acumulación de las partes, las cuales, a su vez, se nutren de sentido a partir del todo en un movimiento de carácter circular. Hans-Georg GADAMER, *Truth and Method*, pp. 182-183.

todos los requisitos jurisprudenciales señalados en el apartado anterior son igualmente aplicables a los casos de infracción al decreto ley n.º 211. El análisis anterior deja, empero, una pregunta sin responder, a saber: aquella que interroga sobre la naturaleza de las acciones que se han de intentar para encontrarse frente a una hipótesis de infracción a la ley n.º 20169 o el decreto ley n.º 211.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago se vio en la necesidad de dar una respuesta a esta interrogante en el caso Profactoring S.A. con Los Parques S.A. (2016), toda vez que en él se discutió sobre si la presentación de denuncias ante la administración puede o no ser constitutiva de hostigamiento judicial en los términos de la letra g) del artículo 4 de la ley n.º 20169. Cabe recordar que dicho artículo reza:

“En particular, y sin que la enumeración sea taxativa, se considerarán actos de competencia desleal los siguientes: [...] g) El ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente del mercado”.

En lo que sigue haremos un breve análisis de lo dicho por la Corte de Apelaciones e intentaremos dar respuesta a dicha interrogante.

En el caso en comento la Corte señaló:

“en cuanto a la conducta descrita en la letra g) del artículo 4º de la ley 20.169, como constitutiva de competencia desleal, esto es, el ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente del mercado, debe concluirse que la disposición exige, obviamente, que las acciones sean judiciales, de manera que cabe descartar de plano cualquier solicitud o petición hecha ante la Administración por la demandada”<sup>22</sup>.

Sin embargo, luego agrega:

“en todo caso, tales solicitudes administrativas no se han hecho en forma manifiestamente abusiva. Con el adverbio manifiestamente la norma exige que el ejercicio abusivo sea patente, sea evidente, sea claro, es decir, que no quepa lugar a dudas que se ha abusado del derecho a accionar con el sólo propósito de trabar el desempeño de un agente del mercado, y resulta que no hay ninguna evidencia o claridad en ello y ciertamente no consta que hayan sido ejercidas para entorpecer, con malas artes, la operación de un agente en el mercado”<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol 6745-2015.

<sup>23</sup> *Ibid.*

Esto nos lleva a plantear dos soluciones posibles a esta problemática (que de hecho es posible entrever, aun de manera confusa e, incluso, contradictoria, en la argumentación seguida por la Corte). Una de ellas es considerar que, en razón de la literalidad de la norma, solo las acciones de índole judicial son idóneas para configurar una hipótesis de competencia desleal en los términos del artículo 4° de la ley n.° 20169. La otra es entender que lo que determina el carácter “desleal” de la conducta de hostigamiento no es la naturaleza de las acciones, sino que la intención de quien las intenta, de estorbar la operación de un agente de mercado<sup>24</sup>.

Ahora bien, se estima que el optar por una tesis basada en la literalidad de la norma para interpretar el artículo 4 de la ley n.° 20169 genera problemas teóricos y prácticos que resultan insalvables. En lo que se refiere a la teoría, y sin entrar en mayores detalles, cuestión que nos desviaría del objetivo del presente trabajo, hay que tener en consideración que ya en 1927 Martin Heidegger señalaba:

“la interpretación no es jamás una aprehensión, sin supuestos, de algo dado. Cuando esa particular concreción de la interpretación que es la interpretación exacta de los textos que apela a lo que ‘está allí’, lo que por lo pronto está allí no es otra cosa que la obvia e indiscutida opinión previa del intérprete, que subyace necesariamente en todo quehacer interpretativo como aquello que con la interpretación misma ya está ‘puesto’, es decir, previamente dado en el haber previo, la manera previa de ver y la manera de entender previa”<sup>25</sup>.

Es decir, y simplificando burdamente lo recién citado, el interpretar un texto no consiste en un proceso en el que el intérprete se constituye como un sujeto pasivo, un mero receptáculo de un contenido objetivo que se encuentra contenido en el escrito, sino que el intérprete en el acto hermenéutico, a su vez, proyecta de forma inevitable sus prejuicios al mismo. En otras palabras, su aporte es, de suyo, activo en la configuración del sentido y alcance de lo interpretado. Ahora bien, esto no significa un relativismo hermenéutico, toda vez que, como bien señala Hans-Georg Gadamer, la conciencia hermenéutica siempre ha de estar abierta a la alteridad del texto

---

<sup>24</sup> Cabe tener presente que en este punto hay una diferencia a nivel de ideas entre los autores. Mientras que María Fernanda Juppet E. comparte la hipótesis de que la literalidad de la norma permite justificar que las acciones de naturaleza administrativa quedan fuera del artículo 4 de la ley n.° 20169, Diego Pérez L. piensa que lo determinante es la intencionalidad del sujeto a la hora de intentar una acción y no su naturaleza jurídica. En ese sentido, el análisis que de ahora en adelante se realiza en este trabajo responde exclusivamente a las convicciones de Diego Pérez L.

<sup>25</sup> Martin HEIDEGGER, *Ser y tiempo*, p.176.

y preparada para que este le diga algo<sup>26</sup>. Así, apelar a un sentido literal del texto, a una verdad clara y distinta subyacente en él es una pretensión quimérica.

Desde la esquina de lo práctico, una interpretación literal que excluya la vía administrativa como potencialmente configuradora de abuso desleal no resulta atingente en razón de lo que el mismo artículo 4 establece en su encabezado, a saber: “en particular, y sin que la enumeración sea taxativa, se considerarán actos de competencia desleal los siguientes”. Es decir, incluso, si somos literalistas al extremo, es necesario reconocer que el listado del artículo 4 de la ley n.º 20169 no tiene pretensiones de ser taxativo. Por el contrario, todo parece indicar que el mismo se limita a señalar casos en que es posible identificar indicios en el mundo fenoménico de una intención desleal de competencia. Esto en razón de que:

“si bien yo no puedo internarme en la psiquis de un sujeto para determinar el querer interno que este tenía al momento de realizar una acción u omisión, las circunstancias o consecuencias que esta acción u omisión generan en la realidad externa (por ponerlo de alguna manera) permiten inferir si acaso ésta fue realizada con intención o por mera negligencia”<sup>27</sup>.

En consecuencia, lo relevante no es la naturaleza judicial o administrativa de la acción desleal intentada, sino que la intención con la que esta se intenta, intención que no puede, sino ser determinada por indicios externos.

En definitiva, no compartimos la lectura que la Ilustrísima Corte de Apelaciones hace del artículo 4, ya que, a través de ella estaría proyectando una pretensión hermenéutica de índole literal que presume una “verdadera interpretación” de la ley, y que no se condice con la alteridad del texto.

## V. Conclusión

El análisis hecho nos permite concluir que la jurisprudencia, junto a los requisitos que establece la ley, ha enunciado una serie de precisiones que permiten determinar en qué casos el ejercicio de acciones judiciales o administrativas puede ser consideradas dentro de una hipótesis válida de hostigamiento judicial. En particular, ha señalado que son indicios de la deslealtad de una acción el que:

---

<sup>26</sup> Cfr. GADAMER, *op. cit.*, p. 282.

<sup>27</sup> Joaquín DELGADO GARCÍA, *La prueba en el proceso penal*, p. 376, visto en Ramón RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 240.



- a) El ejercicio de dicho derecho sobrepase tanto el respeto de los derechos de otras personas como el orden público que resguarda el interés general.
- b) Las acciones interpuestas por la empresa dominante sean útiles para ella.
- c) La interposición simultánea de dichas acciones sea calificable de contradictoria.

Asimismo, la Ilustrísima Corte de Apelaciones ha resuelto que las solicitudes hechas a la Administración, en razón de lo señalado en la letra g) del artículo 4 de la ley n.º 20169, no puede constituir en caso alguno una hipótesis de competencia desleal, afirmación que resultó controvertida en razón de los problemas teóricos y prácticos que ello conlleva.

No queda sino agregar que el análisis recién hecho da cuenta de la relevancia de la jurisprudencia en lo que se refiere a la Libre Competencia (y para el derecho en general). En efecto, si bien la presente revisión fue sumamente crítica a la jurisprudencia en algunos aspectos, ello no quita el carácter configurador que la misma tiene en la resolución de la tensión entre un texto abstracto y que responde a una situación histórica y cultural pretérita y un caso actual que pone frente al juez un suceso nuevo que responde a circunstancias actuales. En definitiva, el examen aquí realizado da cuenta de que, como bien señala Carl Schmitt, “no es posible degradar al juez a ser la ‘boca que pronuncia las palabras de la ley’, aunque fuera en el sentido de ‘sometimiento a la ley’”<sup>28</sup>.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- COMANDUCCI, Paolo, “Abuso del Derecho y la interpretación jurídica”, en *Revista de Derecho Privado*, vol. 21, Santiago, 2011.
- CONTRERAS, Oscar, *La competencia desleal y el deber de la corrección en la ley chilena*, Santiago, Ediciones UC, 2012.
- CUENTAS ORMACHEA, Enrique, “El abuso del derecho”, en *Derecho PUCP*, n.º 51, ciudad, 1997.
- CRABB, John, “El concepto francés de abuso del derecho”, en *Revista Jurídica Interamericana*, vol. 6, n.º 1, México, 1964.
- DELGADO GARCÍA, Joaquín, *La prueba en el proceso penal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997.
- GADAMER, Hans-Georg, *Truth and Method*, trad., London & New York, Bloomsbury Revelations, 2013.

<sup>28</sup> Carl SCHMITT, “Ley y juicio. Examen sobre el problema de la praxis judicial”, p. 23.



- GRAU ARNAU, Susana, Ana Merino CASTELLÓ, “Sentencia Altadis: Elemento intencional en el test de precios predatorios”, en *Anuario de la Competencia*, n.º 1, Santiago, 2004.
- HEIDEGGER, Martin, *Ser y tiempo*, Santiago, Editorial Universitaria, 2005.
- ILLANES RÍOS, Claudio, “El abuso del derecho”, en UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO (ed.), *II Curso de actualización jurídica “Teorías de derecho civil moderno”*, Santiago, Ediciones Universidad del Desarrollo, 2005.
- JUPPET EWING, María Fernanda, “Hostigamiento judicial como ilícito de libre competencia: Análisis del caso Sal Lobos”, revista *Actualidad Jurídica*, n.º 18, Santiago, 2008.
- MENDOZA DIEZ, Álvaro, “Filosofía del abuso del derecho”, en *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 24, n.º 1, México, 1962.
- ORTIZ BAQUERO, Ingrid: “La aplicación privada del derecho antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la libre competencia”, *e-Mercatoria*, vol. 7, n.º 1, 2008.
- RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, J.M. Bosch, 2002.
- RODRÍGUEZ FLORES, Hernán, “Abuso de posición dominante en Chile: Casos relevantes”, ponencia en Foro Americano de Libre Competencia, Santiago Fiscalía Nacional Económica, Santiago, 2007.
- RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio, “Teoría de los actos propios”, en UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO (ed.), *II Curso de actualización jurídica “Teorías de derecho civil moderno”*, Santiago, Ediciones Universidad del Desarrollo, 2005.
- SCHMITT, Carl, “Ley y juicio. Examen sobre el problema de la praxis judicial”, en AA.VV., *Posiciones ante el derecho*, traducción Montserrat Herrero, Madrid, Editorial Tecnos, 2012.
- SQUELLA, Agustín, *Introducción al derecho*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

#### NORMAS JURÍDICAS CITADAS

*Constitución Política del Estado de Chile*, publicada en 1823.

#### JURISPRUDENCIA CITADA

- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol n.º 6745-2015, 18 de mayo de 2016.
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Informe n.º 9/2013 de fecha 31 de mayo de 2013.
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, rol n.º 47-2006, 18 de mayo de 2016.