Artículo: La función del dolo en la responsabilidad por ejercicio abusivo de acciones judiciales por quien tiene una posición de dominio en el mercado relevante. / The role of intention in liability for abuse of prosecution by who has a dominant position in the relevant market
Revista: Nº237, año LXXXIII (Ene-Jun, 2015)
Autor: Cristian Banfi del Río

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Artículo: La función del dolo en la responsabilidad por ejercicio abusivo de acciones judiciales por quien tiene una posición de dominio en el mercado relevante. / The role of intention in liability for abuse of prosecution by who has a dominant position in the relevant market
Revista: Nº237, año LXXXIII (Ene-Jun, 2015)
Autor: Cristian Banfi del Río

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO 237 (enero - junio) 2015: 9-26
ISSN 0303-9986

*LA FUNCIÓN DEL DOLO EN LA RESPONSABILIDAD POR EJERCICIO ABUSIVO DE ACCIONES JUDICIALES POR QUIEN TIENE UNA POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO RELEVANTE**

THE ROLE OF INTENTION IN LIABILITY FOR ABUSE OF PROSECUTION BY WHO HAS A DOMINANT POSITION IN THE RELEVANT MARKET

CRISTIÁN BANFI DEL RÍO**
Profesor Asociado de Derecho Civil
Universidad de Chile
Santiago - Chile

RESUMEN

En este artículo se argumenta que el estándar exigible para la perpetración del ejercicio abusivo de acciones judiciales por un agente económico que tiene una posición dominante en el mercado relevante y, por tanto, para atribuir la responsabilidad infraccional y civil consiguiente, es el dolo o, al menos, la culpa grave.

Palabras clave: Responsabilidad, abuso del proceso, dolo, culpa lata.

* Este trabajo se enmarca en los Proyectos FONDECYT Regular Nos 1150976 ("Importancia del dolo en la responsabilidad civil extracontractual chilena a la luz de los sistemas francés e inglés") y 1130409 ("La responsabilidad ética y jurídica por los efectos malos no intentados o daños colaterales de la acción intencional. Análisis interdisciplinario desde la filosofía analítica de la acción, la dogmática penal y la dogmática civil"), ambos financiados por CONICYT, apoyo que el autor agradece.

** Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile; Magíster en Derecho Privado, Universidad de Chile; Magíster y Doctor en Derecho, Universidad de Cambridge. Correo electrónico: cbanfi@derecho.uchile.cl. Artículo recibido el 10 de marzo de 2015 y aceptado para su publicación el 1 de junio de 2015.

Artículo: La función del dolo en la responsabilidad por ejercicio abusivo de acciones judiciales por quien tiene una posición de dominio en el mercado relevante. / The role of intention in liability for abuse of prosecution by who has a dominant position in the relevant market
Revista: Nº237, año LXXXIII (Ene-Jun, 2015)
Autor: Cristian Banfi del Río

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ABSTRACT

In this article it is argued that the standard required for the perpetration of the abusive exercise of judicial actions –abuse of process– by an economic agent that holds a dominant position in the relevant market, and hence for attributing liability for breach of statute and in tort, is the intention to harm or, at least, gross negligence.

Keywords: Liability, abuse of process, intention (malice) – gross negligence.

I

La responsabilidad por infracción de las normas de libre competencia es cualitativamente similar a la responsabilidad penal y está sometida a los mismos principios y restricciones que nuestro ordenamiento jurídico impone sobre esta última, los cuales emanan del principio de legalidad, consagrado en el artículo 19 Nº 3, incisos 6° a 8°, de la Constitución Política de la República ("CPR").[1] Por consiguiente, para poder imputar responsabilidad penal o administrativa, es esencial probar la culpabilidad del autor de la supuesta contravención. Éste únicamente puede ser sancionado si le es personalmente reprochable la transgresión de la norma, lo que exige acreditar que el pretendido infractor, pudiendo actuar conforme a derecho, se condujo en forma ilícita, ya que "sólo de esta manera puede evitarse la instrumentalización de la persona al imponer la pena".[2] Luego, *prima facie* no se admite la atribución de una responsabilidad penal o contravencional estricta u objetiva: "no puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad (exclusión de la responsabilidad por el resultado)".[3]

[1] "La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal. // Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado. /// Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella".

[2] Jakobs, Günther, *Fundamentos del derecho penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, pp. 15-16.

[3] Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Editorial Bosch (trad. Santiago Mir P. y Francisco Muñoz C.), Barcelona, 1981, p. 30.

Artículo: La función del dolo en la responsabilidad por ejercicio abusivo de acciones judiciales por quien tiene una posición de dominio en el mercado relevante. / The role of intention in liability for abuse of prosecution by who has a dominant position in the relevant market
Revista: Nº237, año LXXXIII (Ene-Jun, 2015)
Autor: Cristian Banfi del Río

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En efecto, en nuestro sistema jurídico los ilícitos administrativos no se distinguen sustancialmente de los delitos penales,[4] debiendo aplicarse a aquellos todos los principios fundamentales del derecho sancionador, entre otros, los de tipicidad y culpabilidad.[5] Así lo confirma la jurisprudencia constitucional, administrativa y judicial. En efecto, el Tribunal Constitucional (TC) ha declarado que "los principios inspiradores del orden penal contemplado en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *iuspuniendi* propio del Estado".[6] Asimismo, en concepto de la Contraloría General de la República (CGR), "una reiterada jurisprudencia administrativa ha reconocido que los principios del derecho penal son aplicables en materia sancionadora".[7] Por último, la Corte Suprema señala que "el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal tienen un origen común en el *iuspuniendi* único del Estado… De esta similitud se desprende como consecuencia la posibilidad de aplicar supletoriamente en el ámbito de las sanciones administrativas algunos de los principios generales que informan al Derecho Penal".[8]

En consecuencia, las conductas anticompetitivas jamás dan lugar a una responsabilidad objetiva o estricta calificada por el resultado.[9] Además, en el caso que el comportamiento denunciado consista en el ejercicio de un derecho constitucional, como el derecho de petición[10] –y su concreción

[4] Cury Urzúa, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, 2ª ed., T. I, pp. 73-82; Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, Editorial Civitas (trad. 2ª ed. alemana Diego-Manuel Luzón P.), Madrid, 1997, T. I, pp. 70-73.

[5] Soto-Kloss, Eduardo, Comentario a sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de diciembre de 1991, confirmada por Corte Suprema, 24 de marzo de 1992, *RDJ*., T. 89, sec. 5ª, p. 22 y ss.; Alcalde Rodríguez, Enrique,"Aplicación de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en la infracción administrativa", *Actualidad Jurídica*, Nº 24, 2011, p. 65 y ss.

[6] TC, 26 de agosto de 1996, Rol N° 244-1996, cons. 9º. Véase también: TC, 21 de abril de 2005, Rol N° 437-1996, cons. 17º.

[7] CGR, Dictamen Nº 14.571, 22 de marzo de 2005.

[8] Corte Suprema, 26 de julio de 2011, Rol N° 5455-2009, cons. 6º.

[9] Banfi del Río, Cristián,"Acerca de la imputación de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos entre rivales en Chile", *Revista Chilena de Derecho*, 2014, vol. 41, N° 1, pp. 37-58, y mismo autor, "Naturaleza de la responsabilidad civil entre rivales emanada de ilícitos anticompetitivos", en Turner S., Susan (coord.), *Estudios de Derecho Civil IX*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 505-518.

[10] Art. 19 Nº 14, CPR.

Artículo: La función del dolo en la responsabilidad por ejercicio abusivo de acciones judiciales por quien tiene una posición de dominio en el mercado relevante. / The role of intention in liability for abuse of prosecution by who has a dominant position in the relevant market
Revista: Nº237, año LXXXIII (Ene-Jun, 2015)
Autor: Cristian Banfi del Río
REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

más importante, a saber, el derecho a interponer acciones judiciales y/o administrativas en resguardo de una pretensión o interés legítimo–,[11] es necesario acreditar la existencia de dolo, o cuando menos, de una negligencia grave e inexcusable.

II

A fines del año 2012, resolviendo sendas reclamaciones interpuestas por la Fiscalía Nacional Económica y por las acérrimas competidoras Philip Morris y Compañía Chilena de Tabacos en contra del fallo dictado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("TDLC"),[12] la Corte Suprema expresó que un agente económico que goza de un poder de dominio virtualmente monopólico en el mercado relevante debe desplegar un comportamiento diligente "y así no sólo debe incluir cláusulas en sus contratos que aseguren la libre competencia sino que también debe velar que la aplicación práctica de los mismos no conduzca a comportamientos contrarios a ella".[13] La idea es reiterada en otros pasajes de la resolución en comento, por ejemplo, expresando que "Chiletabacos como actor dominante de este mercado del tabaco en Chile debió prever los efectos que las nuevas cláusulas tendrían en el mercado"[14] y que "dada su condición de cuasi-monopolista debió prever que al no explicitar en los contratos las dimensiones de los espacios que iban a ser destinados a publicidad, más aún con las restricciones legales que se imponían con la nueva ley, se podían generar en los hechos efectos anticompetitivos –lo que efectivamente ocurrió– por lo que debió monitorear el cumplimiento que en la práctica se daba a los contratos".[15]

En otras palabras, la Corte Suprema elevó el estándar de cuidado exigible a la firma que ostenta una posición cuasi-monopólica en el mercado de los cigarrillos, en lo que decía relación no sólo con la modificación del

[11] El derecho a la acción procesal se funda en el art. 19 N° 3, inc. 1° y 5°, CPR: Cea Egaña, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2012, T. II., p. 433.

[12] TDLC, 17 de noviembre de 2012, Rol N° 115-2011.

[13] Corte Suprema, 4 de diciembre de 2012, Rol N° 11968-2011, cons. 30º.

[14] Ídem, cons. 19º.

[15] Ídem, cons. 21º.

Artículo: La función del dolo en la responsabilidad por ejercicio abusivo de acciones judiciales por quien tiene una posición de dominio en el mercado relevante. / The role of intention in liability for abuse of prosecution by who has a dominant position in the relevant market
Revista: Nº237, año LXXXIII (Ene-Jun, 2015)
Autor: Cristian Banfi del Río

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

texto de ciertos contratos que habían sido impugnados por el TDLC,[16] sino particularmente en la aplicación práctica de los mismos instrumentos para impedir que éstos produjesen secuelas contrarias a la libre competencia.

III

La pregunta que en la especie cabe formularse es si también corresponde exigir un mayor grado de cuidado al agente económico que, teniendo gran poder de mercado, ejerce acciones judiciales y/o administrativas en defensa de sus legítimos intereses.

Pues bien, la respuesta a tal interrogante es negativa. En efecto, tratándose del ejercicio del derecho de petición –consagrado en el artículo 19 Nº 14 de la CPR–[17] el nivel de diligencia exigible a su titular es siempre el mínimo, esto es, sólo incurre en una conducta ilícita, desleal y anticompetitiva, si ha obrado con dolo o, al menos, con su equivalente, la culpa lata o imprudencia temeraria. Es claro entonces que el abuso del derecho a accionar sólo podrá producirse si la persona que lo ejerce no persigue cautelar interés legítimo alguno sino que procura dañar a terceros. En palabras del profesor Pablo Rodríguez, "Nos hallamos frente al abuso del derecho, siempre que la pretensión que se hace valer no tiene por objeto satisfacer el "interés jurídicamente protegido" por la norma. Esto sucederá porque se reclama un beneficio que no corresponde o porque se excede el beneficio que tolera y ampara el respectivo derecho subjetivo".[18]

IV

De esta manera, quien entabla acciones procesales en amparo de sus intereses legítimos, de hecho actúa en ejercicio del derecho público subjetivo de petición o, si se prefiere, de "un derecho subjetivo autónomo (esto es, tal que puede existir por sí mismo, independientemente de la existencia de un derecho subjetivo sustancial) y concreto (esto es, dirigido a

[16] TDLC, 5 de agosto de 2005, Rol N° 26-2005.

[17] El derecho a la acción procesal, asimismo, se funda en el art. 19 N° 3, incs. 1° y 5°, CPR: Cea Egaña, cit. (n. 11), p. 433.

[18] Rodríguez Grez, Pablo, *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 85.

Artículo: La función del dolo en la responsabilidad por ejercicio abusivo de acciones judiciales por quien tiene una posición de dominio en el mercado relevante. / The role of intention in liability for abuse of prosecution by who has a dominant position in the relevant market
Revista: Nº237, año LXXXIII (Ene-Jun, 2015)
Autor: Cristian Banfi del Río
REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

obtener una determinada providencia jurisdiccional, favorable a la petición del reclamante)".[19]

Por lo tanto, en este supuesto opera una causal de justificación que descarta o excluye la culpabilidad e ilicitud de la conducta. Es lo que asevera el profesor Enrique Barros Bourie: "En circunstancias que la culpa es ilicitud, los actos expresamente permitidos u ordenados por la ley no pueden ser culpables. Ello vale tanto respecto de potestades jurídicas, como de derechos reconocidos por la Constitución o la ley… el ejercicio de un derecho subjetivo en sentido estricto (como, por ejemplo, el derecho de libre expresión o a desarrollar una actividad económica) usualmente excluye la ilicitud".[20]

V

Igualmente, una abundante jurisprudencia chilena destaca la relevancia del derecho de petición y, en forma más precisa, del derecho a la acción, cuyo único límite está constituido por el abuso del mismo. Sin ser posible dar un recuento exhaustivo de dicha jurisprudencia aquí, pueden destacarse algunos pronunciamientos de nuestros tribunales superiores de justicia, que han expuesto las doctrinas que se resumen a continuación:

(i) La sentencia es "*la ocasión en que el Estado, por medio del órgano jurisdiccional, responde al derecho de petición y especialmente a la acción interpuesta en el proceso*";[21]

(ii) La "*circunstancia que una de sus vecinas…haya efectuado una denuncia a la autoridad competente sobre la construcción de una vivienda en caso alguno puede ser estimada una turbación antijurídica al derecho de propiedad constitucionalmente consagrado, sino que por el contrario representa el legítimo ejercicio del derecho de petición del artículo 19 Nº 14 del texto constitucional*";[22]

[19] Calamandrei, Piero, *Instituciones de derecho procesal civil*, Librería El Foro (trad. de Santiago Sentís), Buenos Aires, 1996, Vol. I, pp. 256-257.

[20] Barros Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 134-135.

[21] Corte Suprema, 29 de noviembre de 2010, Rol N° 7657-2008, cons. 4°.

[22] Corte de Apelaciones de Valdivia, 1 de julio de 2008, Rol N° 4115-2008, cons. 6°.

Artículo: La función del dolo en la responsabilidad por ejercicio abusivo de acciones judiciales por quien tiene una posición de dominio en el mercado relevante. / The role of intention in liability for abuse of prosecution by who has a dominant position in the relevant market
Revista: Nº237, año LXXXIII (Ene-Jun, 2015)
Autor: Cristian Banfi del Río

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

(iii) Las circunstancias que demuestran que la denunciada tiene una posición dominante en el mercado chileno de producción de remolacha "*por sí solas no constituyen un atentado a la libre competencia, salvo que ellas concurrieran conjuntamente con conductas de abuso del derecho*" y "*tampoco constituye una conducta atentatoria contra la libre competencia el hecho de que* [IANSA S.A.] *hubiese pretendido incorporar las mezclas de azúcar o preparaciones alimenticias a la banda de precios del azúcar, pues ello no pasa de constituir el legítimo ejercicio del derecho de petición consagrado en la Constitución Política de la República*";[23]

(iv) El procedimiento de reclamo "*constituye una expresión de la garantía constitucional de petición y una manifestación del derecho de las personas a requerir de la autoridad administrativa que se ajuste a la norma legal en su actuar*"; "*en toda acción que se inicie ante los tribunales el litigante puede obtener lo pretendido, total o parcialmente, o bien éstas pueden ser rechazadas, y ello es propio de todo debate judicial*"; y "*el derecho de petición no constituye un derecho de exigir un pronunciamiento en determinado sentido, particularmente en materia jurisdiccional, desde que, formulada una pretensión en un proceso, ella debe ser objeto de análisis por parte del ente a cargo de la tramitación del mismo y, en caso de haber contraparte, ha de otorgarse a ésta la posibilidad de opinar sobre la petición. Finalmente, el tribunal resolverá según sea la convicción que se haya formado. En síntesis, el derecho de petición se agota cuando se traduce mediante una presentación determinada, sea del orden administrativo o, como ha ocurrido en el caso de autos, jurisdiccional*";[24]

(v) Que "*si se entiende esta institución* [abuso del derecho] *como el exceso o desviación del interés jurídicamente protegido por el derecho positivo, no puede concluirse que el…deducir una demanda en contra de… ante un tribunal incompetente, importe apartarse del interés tutelado por la norma jurídica o, dicho de otro modo, teniendo el demandado…a accionar contra esta persona jurídica, al ejercer dichas prerrogativas no consta que se haya excedido o desviado del interés jurídicamente protegido por esos derechos…Nadie podrá negar que el señor...efectivamente ejerció derechos que le pertenecían, como el de…demandar a la actora ante el…Juzgado Civil de esta ciudad, actos todos que se encuentran dentro del interés de*

[23] Corte Suprema, 30 de noviembre de 2005, Rol N° 4762-2005, cons. 7° y 9°, respectivamente.

[24] Corte Suprema, 29 de abril de 2004, Rol N° 360-2003, cons. 14°, 16° y 17°, respectivamente.

Artículo: La función del dolo en la responsabilidad por ejercicio abusivo de acciones judiciales por quien tiene una posición de dominio en el mercado relevante. / The role of intention in liability for abuse of prosecution by who has a dominant position in the relevant market
Revista: Nº237, año LXXXIII (Ene-Jun, 2015)
Autor: Cristian Banfi del Río
REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

su derecho subjetivo, no lo exorbitan, no lo desvían. Es decir, la conducta desplegada por el demandado…no es extraña al interés jurídicamente protegido por los derechos que se ejercieron";[25]

(vi) "*lo importante es determinar si el agente del supuesto daño al ejercer la acción o al hacer la petición jurídica abusa del derecho. Es decir, si como titular del mismo, se ha colocado fuera del marco legal a objeto de obtener un beneficio propio. Es esta la hipótesis o presupuesto fáctico que haría responder de los perjuicios que una acción de esta naturaleza pueda provocar, tal conducta generaría responsabilidad pues configura un delito civil, el que por cierto debe ser acreditado en la causa aplicando para ello las normas de responsabilidad extracontractual*" y "*no existe prueba idónea para concluir que los representantes de la demandada al ejercer sus derechos en las causas anotadas, hayan excedido el interés legítimo tutelado, actuado de mala fe en perjuicio de la actora o incurrido en un error inexcusable al relatar los hechos en sus acciones o defensas. Desde otra perspectiva, y aun estimando que el abuso del derecho no es más que un ilícito civil que debe analizarse en conformidad a las reglas generales de culpa o dolo, tampoco se advierte la intención de dañar o la falta de diligencia, cuidado o debida atención en el ejercicio del derecho que se reclama*";[26]

(vii) "*el hecho de demandar* [Industrias Princesa] *a las empresas antes indicadas, por estimar que a éstas les corresponde responsabilidad extracontractual por haber construido sobre parte del terreno que alega de su dominio el camino y luego explotarlo, constituye únicamente el ejercicio de un derecho, como es la interposición de la acción para obtener los perjuicios que considera procedentes, sin que pueda estimarse con ello que ha existido el abuso que se demanda, aun de desecharse finalmente por el Tribunal, pues de lo contrario, cada vez que un demandante pierda la acción intentada, podría entenderse que a su respecto existió tal abuso*".[27]

[25] Corte de Apelaciones Santiago, 2 de septiembre de 2010, Rol N° 3377-2008, cons. 17°.

[26] Corte de Apelaciones Santiago, 1 de septiembre de 2009, Rol N° 4318-2008, cons. 2° y5° respectivamente.

[27] Corte Suprema, 15 de enero de 2013, Rol N° 9336-2010, cons. 14°.

Artículo: La función del dolo en la responsabilidad por ejercicio abusivo de acciones judiciales por quien tiene una posición de dominio en el mercado relevante. / The role of intention in liability for abuse of prosecution by who has a dominant position in the relevant market
Revista: Nº237, año LXXXIII (Ene-Jun, 2015)
Autor: Cristian Banfi del Río

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

VI

En atención a que las conductas realizadas en ejercicio de un derecho son *prima facie* legítimas, es menester precisar en qué casos dichos actos devienen ilícitos. La respuesta se encuentra en el abuso del derecho.

Ahora bien, tratándose ya no simplemente del ejercicio de un derecho subjetivo cualquiera, sino de un derecho potestativo que brinda protección a los demás derechos, en nuestro ordenamiento jurídico el umbral o estándar de cuidado exigible al titular de aquel derecho es el mínimo. Es decir, a la persona que ejerce acciones judiciales en defensa de sus intereses legítimos no puede requerírsele que obre con sumo cuidado y ni siquiera con la diligencia ordinaria del empresario prudente y razonable, sino que sólo podrá incurrir en responsabilidad –infraccional y civil– si ha actuado dolosamente o con incuria extrema.

En razón de lo señalado, el profesor Barros expresa que "el ejercicio de la acción judicial es un derecho potestativo que cautela los derechos subjetivos y asegura la observancia del derecho. Por eso, el control de esa potestad por vía de abuso de derecho está sujeto a calificaciones especialmente rigurosas… la sola circunstancia de que la demanda haya sido interpuesta erróneamente no supone responsabilidad sin otras calificaciones, aunque haya causado daño al demandado, sin perjuicio de la facultad del juez para condenar en costas… que habiendo bienes institucionales en juego (como son el derecho a la acción y el interés por la observancia del derecho), el estándar de cuidado no puede ser excesivamente exigente… En otras palabras, no basta atribuir negligencia para que haya lugar a la responsabilidad, sino que debe mostrarse por qué la imprudencia es tan grave que pueda ser tenida como abusiva… En definitiva, atendida la naturaleza de los bienes en juego, la responsabilidad por acciones judiciales sólo puede tener por antecedente la conducta dolosa o gravemente negligente del demandado".[28]

VII

Asimismo, es útil y pertinente observar lo que sucede en otras tradiciones jurídicas, como en el derecho anglosajón, donde también son

[28] BARROS, cit. (n. 20), pp. 644-646.

Artículo: La función del dolo en la responsabilidad por ejercicio abusivo de acciones judiciales por quien tiene una posición de dominio en el mercado relevante. / The role of intention in liability for abuse of prosecution by who has a dominant position in the relevant market
Revista: Nº237, año LXXXIII (Ene-Jun, 2015)
Autor: Cristian Banfi del Río

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

reprimidos comportamientos ilícitos vinculados directamente al abuso del proceso. Son los casos de "*malicious prosecution*", "*malicious process*", "*malicious civil proceedings*" y "*abuse of process*". La nota característica común a todas estas formas de abuso de acciones procesales es el dolo, el cual siempre ha de estar presente en la motivación de quien inicia una litigación irresponsable. Así, se sostiene que la malicia existe cuando el propósito predominante del actor, denunciante o querellante es uno diferente que la reivindicación de sus derechos; y que, junto a la intención positiva de perjudicar al demandado, denunciado o querellado, es menester que la acción interpuesta carezca de una causa probable y razonable.[29]

VIII

Como ha resuelto la Corte Suprema, la sola interposición de acciones judiciales o administrativas no constituye, por sí sola, una conducta anticompetitiva, por cuanto se parte de la premisa que dichas acciones persiguen proteger un interés legítimo del titular.[30] De ello se sigue que incumbe al denunciante acreditar que las acciones son infundadas y han carecido de un interés legítimo.

Pues bien, no existe razón alguna, de lógica o justicia, para exigir un deber de cuidado superior al agente de mercado que ostenta una posición dominante. El ejercicio de acciones judiciales y/o administrativas sólo podrá ser calificado de abusivo si se prueba que el denunciado accionó motivado únicamente por su deseo o propósito de impedir o restringir la competencia.

IX

El tenor literal del art. 4º, letra g), de la Ley N° 20.169 de 2007, confirma lo que se viene señalando. En efecto, con arreglo a este precepto constituye un acto de competencia desleal: "*El ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente del mercado*".

[29] Un tratamiento notable de estos ilícitos en: ROGERS, W.V. Horton, *Winfield and Jolowicz on tort*, Sweet & Maxwell – Thomson Reuters, London, 2010, 18th ed., pp. 923-933.

[30] Corte Suprema, 30 de julio de 2002, Rol N° 422-2002, revocando a Comisión Resolutiva, Dictamen Nº 637, 9 de enero de 2002.

Artículo: La función del dolo en la responsabilidad por ejercicio abusivo de acciones judiciales por quien tiene una posición de dominio en el mercado relevante. / The role of intention in liability for abuse of prosecution by who has a dominant position in the relevant market
Revista: Nº237, año LXXXIII (Ene-Jun, 2015)
Autor: Cristian Banfi del Río

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Fácil resulta entonces advertir que estamos en presencia de un acto doloso o, en el mejor de los casos, gravemente negligente. Sólo en caso de *animus nocendi* o suma torpeza podrá sostenerse que el titular ha abusado de su derecho de accionar en sede judicial o administrativa; sólo en ese supuesto su comportamiento podrá ser catalogado como desleal y, si éste además impide, restringe o entorpece la libre competencia, o tiende a producir dichos efectos, podrá asimismo ser calificado de anticompetitivo, como ha sido resuelto por el TDLC y la Corte Suprema,[31] ya que en ese evento se habrá perpetrado la conducta tipificada en el art. 3º, letra c), del DFL N° 1 de 2005,[32] que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211 de 1973 ("DL 211"), a saber: "*Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante*".

Así, por ejemplo, si la denunciada solicita el registro de las marcas comerciales correspondientes a los productos que la denunciante pretendía comercializar en nuestro país y, en definitiva, la primera no vende los productos que logró registrar a su nombre, cabe concluir que el ejercicio de las acciones tendientes a obtener el registro marcario fue abusivo pues su sola finalidad fue eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia, en lugar de proteger un interés legítimo del titular.[33]

X

Cuando el actor carece de un interés legítimo que resguardar y simplemente intenta entrabar la competencia, estamos en presencia de un caso patente de abuso del derecho por ejercicio doloso del mismo, el que, mirado desde el punto de vista del derecho privado, configura un delito civil.[34] En efecto, el ejercicio de un derecho deviene ilícito si está dirigido únicamente a dañar a terceros,[35] daño que en la especie implica impedir,

[31] TDLC, 8 de enero de 2009, Rol N° 80-2009, confirmada por Corte Suprema, 21 de julio de 2009, Rol N° 1470-2009.

[32] Publicado en el Diario Oficial, de 7 de marzo de 2005.

[33] Comisión Resolutiva, Dictamen Nº 169, 28 de marzo de 1984.

[34] Ripert, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949, p. 181.

[35] Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chile-*

Artículo: La función del dolo en la responsabilidad por ejercicio abusivo de acciones judiciales por quien tiene una posición de dominio en el mercado relevante. / The role of intention in liability for abuse of prosecution by who has a dominant position in the relevant market
Revista: Nº237, año LXXXIII (Ene-Jun, 2015)
Autor: Cristian Banfi del Río

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

restringir o entorpecer la libre competencia.

Como se aprecia, esta conducta guarda una estrecha semejanza con las prácticas predatorias en las que el dolo del autor es notorio, pues éste, tras eliminar o impedir el ingreso del contendor, se retira o bien, lisa y llanamente, no ejerce la actividad económica en cuestión.[36] Así, en el célebre caso norteamericano *Tuttle* v. *Buck*,[37] un acaudalado banquero, inspirado exclusivamente por su afán de arruinar al demandante (barbero), instaló una peluquería rival y, usando sus contactos personales, desvió la clientela del demandante, quien cayó en estado de insolvencia y finalmente fue declarado en quiebra. Pues bien, inmediatamente después de haber conseguido su propósito, el banquero cerró el negocio de peluquería que nunca tuvo la menor intención de explotar. El demandado fue condenado a indemnizar los perjuicios ocasionados al actor con su conducta desleal.[38] Y es que, como han fallado la Corte Europea de Justicia y el Tribunal de la Competencia británico, las prácticas predatorias y las ventas a pérdida revelan el abuso de posición dominante y la intención del autor de expulsar a sus adversarios actuales o impedir el ingreso de potenciales competidores.[39]

XI

La presencia del dolo es una exigencia igualmente necesaria para calificar al ejercicio abusivo de acciones judiciales y/o administrativas como comportamiento desleal y al mismo tiempo anticompetitivo.

En efecto, la jurisprudencia norteamericana ha desarrollado la doctrina del "*shamlitigation*" (expresión que, literalmente, puede traducirse como "una farsa de litigación"). Esta tesis jurisprudencial permite a la parte acusada de violar la propiedad industrial ajena defenderse alegando que el

no, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, pp. 163 y ss.

[36] McGee, John, "Predatory price cutting: the Standard Oil (N.J.) case", *Journal of Legal Studies*, 1958, N° 1, pp. 137-169; Perlman, Harvey, "Interference with contract and other economic expectancies: a clash of tort and contract doctrine", *University of Chicago Law Review*, 1982, N° 49, pp. 61-129.

[37] *Supreme Court of Minnesota*, 19 de febrero de 1909, 107 Minn. 145, 119 N.W. 946.

[38] Shapiro, Geri, "The prima facie tort doctrine: acknowledging the need for judicial scrutiny of malice", *Boston University Law Review*, 1983, N° 63, pp. 1101-1128.

[39] *AKZO* v. *Commission*, caso C-62/86, [1993] 5 C.M.L.R. 215, § 72; *Aberdeen Journals Ltd.* v. *Office of Fair Trading* [2003] CAT 11, § 356.

Artículo: La función del dolo en la responsabilidad por ejercicio abusivo de acciones judiciales por quien tiene una posición de dominio en el mercado relevante. / The role of intention in liability for abuse of prosecution by who has a dominant position in the relevant market
Revista: Nº237, año LXXXIII (Ene-Jun, 2015)
Autor: Cristian Banfi del Río

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

titular de esta última abusó de su posición dominante o intentó monopolizar el mercado relevante. Sin embargo, esta defensa sólo podrá prosperar en la medida que se acredite que:

(i) Las acciones interpuestas por el titular de la patente infringida son objetivamente infundadas, en el sentido que ningún litigante medianamente razonable podría haber previsto ganar el pleito basándose en el mérito de la acción, y;

(ii) Dichas acciones fueron ejercidas con la intención subjetiva de interferir directamente con las relaciones comerciales del competidor, utilizando el proceso como un arma o vehículo anticompetitivo.[40]

XII

No obstante que el actor ostenta una posición dominante, incluso muy significativa en un contexto determinado, el ejercicio de las acciones judiciales y administrativas es una conducta del todo legítima; salvo que, por cierto, su titular actúe de manera dolosa, procurando interferir directamente en los negocios del demandado, y siempre que haya desvirtuado, mal usado o pervertido el fin del proceso con el objeto de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia.

Asimismo, el derecho comparado da cuenta de la imposición de deberes de cuidado o responsabilidades más severas a las empresas con un significativo poder de mercado. Sin embargo, tal test ha sido aplicado respecto de comportamientos que no guardan relación alguna con el ejercicio de acciones judiciales y/o administrativas, como ocurre, por ejemplo, con el controlador de instalaciones esenciales que, en ciertas circunstancias, debe proveer de acceso a las mismas a otros competidores dado que goza de un poder de mercado particularmente fuerte.[41]

XIII

La jurisprudencia especializada ha sostenido que el ejercicio de acciones judiciales y/o administrativas no es abusivo cuando el denunciado

[40] *Professional Real Estate Investors, Inc.* v. *Columbia Pictures Indus.* 508 U.S. 49 (1993); Broder, Douglas, *U.S. antitrust law and enforcement*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 107-108.

[41] Whish, Richard, *Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, 6th ed., p. 185.

Artículo: La función del dolo en la responsabilidad por ejercicio abusivo de acciones judiciales por quien tiene una posición de dominio en el mercado relevante. / The role of intention in liability for abuse of prosecution by who has a dominant position in the relevant market
Revista: Nº237, año LXXXIII (Ene-Jun, 2015)
Autor: Cristian Banfi del Río
REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ha tenido una duda razonable acerca de la composición, propiedades o efectos del producto competidor.[42]

En cambio, la interposición de diversas acciones ante distintos órganos jurisdiccionales, persiguiendo resguardar pretensiones incongruentes, permite colegir que al denunciado no lo ha animado la necesidad de cautelar un interés legítimo sino que su finalidad ha sido obstaculizar el ingreso de un competidor al mercado relevante.[43]

Sin embargo, si no se logra acreditar que el objetivo procurado por el denunciado ha sido impedir, restringir o entorpecer la competencia, lisa y llanamente no existirá acto desleal ni anticompetitivo alguno, aun cuando el ejercicio de las acciones judiciales y/o administrativas –como es lógico y normal– haya producido molestias, retrasos o en general haya perjudicado al denunciante.[44]

XIV

En plena congruencia con esta línea jurisprudencial, el TDLC ha aseverado 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*".[45] Luego, entre otras condiciones esenciales para que se consume la conducta antitrusty desleal constituida por el ejercicio abusivo de acciones judiciales y/o administrativos, es menester "*que se acredite que las mismas* [conductas] *han tenido la inequívoca finalidad de restringir o entorpecer la entrada de competidores al mercado*" y "*que en el caso que se ejerciten dos o más acciones, sean contradictorias… y… tengan un efecto anticompetitivo*".[46] Y la Corte Suprema, confirmando el criterio del TDLC, reitera que "*…no es posible determinar que haya existido un ejercicio abusivo de actuaciones*

[42] TDLC, 28 de noviembre de 2006, Rol N° 46-2006, confirmada por Corte Suprema, 30 de julio de 2007, Rol N° 6667-2006.

[43] TDLC, 5 de diciembre de 2006, Rol N° 47-2006.

[44] Rivas Sánchez, María Virginia, *Los ilícitos de competencia desleal en la jurisprudencia chilena*, Editorial Legal Publishing - Thomson Reuters, Santiago, 2012, p. 67.

[45] TDLC, 12 de octubre de 2012, Rol N° 125-2012, cons. 21°.

[46] Ídem, cons. 22°.

Artículo: La función del dolo en la responsabilidad por ejercicio abusivo de acciones judiciales por quien tiene una posición de dominio en el mercado relevante. / The role of intention in liability for abuse of prosecution by who has a dominant position in the relevant market
Revista: Nº237, año LXXXIII (Ene-Jun, 2015)
Autor: Cristian Banfi del Río

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

administrativas, puesto que no se comprobó que el demandado hubiese obrado maliciosa o temerariamente o de mala fe. Por el contrario, los antecedentes previamente consignados muestran que tanto la oposición como el recurso de reclamación tenían una base fáctica y jurídica, de las que razonablemente era posible deducir que, quien las ejerció, buscaba hacer valer sus derechos... En consecuencia, analizados los antecedentes conforme a las reglas de la sana crítica, no puede establecerse que las actuaciones administrativas intentadas por Roche hayan tenido por finalidad impedir, restringir o entorpecer, la entrada de Recalcine al mercado de los medicamentos...".[47]

XV

De esta forma, en la medida que las acciones judiciales y administrativas deducidas por un competidor en contra de otro estén revestidas de plausibilidad y razonabilidad, que con su ejercicio no se persiga un propósito reñido con la libre concurrencia y que no acarreen consecuencias lesivas para el rival, debería descartarse toda hipótesis de abuso en el ejercicio de dichas acciones y, por consiguiente, a desechar la existencia de un supuesto comportamiento desleal y anticompetitivo de parte del demandado.[48] Estos elementos, más bien, corroboran que se ha ejercido legítimamente el derecho de petición, sin que pueda de ello inferirse que su titular haya actuado dolosamente ni que su actuación haya tenido un impacto anticompetitivo. En otras palabras, desde el instante que una acción es fundada y razonable, ni siquiera es necesario examinar la mala fe de quien la ejerce. El ejercicio de acciones procesales sólo configurará un acto abusivo, desleal y anticompetitivo, si, aparte de carecer de plausibilidad, fueron interpuestas exclusivamente con la intención de perjudicar al rival y que ello, en efecto, entorpeció, restringió o eliminó la libre competencia. Caso contrario, deberá admitirse que el ejercicio de acciones judiciales y/o administrativas por quien goza de posición de dominio en el mercado relevante corresponde en principio al *modus operandi* que observaría cualquier empresa prudente, a fin de defender lo que estima son sus legítimos intereses, por ejemplo, impidiendo que sus rivales promocionen y vendan

[47] Corte Suprema, 23 de julio de 2013, Rol Nº 8243-2012, cons. 21°.

[48] TDLC, 12 de octubre de 2012, cit. (n. 45), cons. 29º, 30º, 34º, 35º, 41º, 48º, 51º, 52º, 86º y 96º.

Artículo: La función del dolo en la responsabilidad por ejercicio abusivo de acciones judiciales por quien tiene una posición de dominio en el mercado relevante. / The role of intention in liability for abuse of prosecution by who has a dominant position in the relevant market
Revista: Nº237, año LXXXIII (Ene-Jun, 2015)
Autor: Cristian Banfi del Río

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

productos con la falsa o incorrecta pretensión de tratarse de bienes similares a los del actor.

CONCLUSIONES

(i) La competencia desleal en general, y el ejercicio abusivo de acciones judiciales y/o administrativas en particular, exigen que su autor se desenvuelva con la intención de perjudicar a su rival –esto es, con dolo o al menos culpa lata–, lo que se materializa entorpeciendo, restringiendo o impidiendo su libertad de concurrencia o tendiendo a producir tales efectos;

(ii) El ejercicio de acciones judiciales y/o administrativas sólo podrá ser considerado abusivo y constitutivo de un acto de competencia desleal en la medida que la pretensión hecha valer por el actor sea completamente infundada y carente de toda razonabilidad. De no acreditarse estos elementos deberá reconocerse que ese operador económico ha actuado legítimamente, amparado tanto por su libertad de competir como por su derecho de petición, garantías constitucionales que funcionan como causales de justificación y excluyen toda responsabilidad administrativa y civil del ejecutor de dichos comportamientos, y;

(iii) El hecho de que una empresa tenga una posición dominante en el mercado relevante no conlleva la imposición de un deber de cuidado superior al dolo o negligencia grave, toda vez que esa entidad simplemente hace valer su derecho a resguardar sus legítimos intereses mediante la interposición de acciones judiciales y administrativas. Conforme ha establecido la jurisprudencia de la Corte Suprema y del TDLC, esta conducta desplegada por quien ostenta una posición dominante en el mercado relevante sólo devendrá en desleal y contraria a la libre competencia si se prueba que las acciones procesales interpuestas adolecen de falta de fundamento plausible, que las mismas no tienen otra finalidad que dañar al rival y que ellas efectivamente entrañen repercusiones anticompetitivas.

BIBLIOGRAFÍA

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, "Aplicación de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en la infracción administrativa",

Artículo: La función del dolo en la responsabilidad por ejercicio abusivo de acciones judiciales por quien tiene una posición de dominio en el mercado relevante. / The role of intention in liability for abuse of prosecution by who has a dominant position in the relevant market
Revista: Nº237, año LXXXIII (Ene-Jun, 2015)
Autor: Cristian Banfi del Río

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Revista Actualidad Jurídica, Nº 24, 2011, p. 80 y ss.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943.

BANFI DEL RÍO, Cristián, "Acerca de la imputación de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos entre rivales en Chile", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, N° 1, 2014, pp. 37-58.

BANFI DEL RÍO, Cristián, "Naturaleza de la responsabilidad civil entre rivales emanada de ilícitos anticompetitivos", en: TURNER S., Susan (coord.), *Estudios de Derecho Civil IX*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 505-518.

BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

BRODER, Douglas, *U.S. antitrust law and enforcement*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de derecho procesal civil*, Librería El Foro (trad. de Santiago Sentís), Buenos Aires, 1996, Vol. I.

CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2012, T. II.

CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, 2ª ed., T. I.

JAKOBS, Günter, *Fundamentos del derecho penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Editorial Bosch (trad. Santiago Mir P. y Francisco Muñoz C.), Barcelona, 1981.

MCGEE, John, "Predatory price cutting: the Standard Oil (N.J.) case", *Journal of Legal Studies*, 1958, N° 1, pp. 137-169.

PERLMAN, Harvey, "Interference with contract and other economic expectancies: a clash of tort and contract doctrine", *University of Chicago Law Review*, N° 49, 1982, pp. 61-129.

RIPERT, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949.

RIVAS SÁNCHEZ, María Virginia, *Los ilícitos de competencia desleal en la jurisprudencia chilena*, Editorial Legal Publishing - Thomson Reuters, Santiago, 2012.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.

Artículo: La función del dolo en la responsabilidad por ejercicio abusivo de acciones judiciales por quien tiene una posición de dominio en el mercado relevante. / The role of intention in liability for abuse of prosecution by who has a dominant position in the relevant market
Revista: Nº237, año LXXXIII (Ene-Jun, 2015)
Autor: Cristian Banfi del Río

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ROGERS, W.V. Horton, *Winfield and Jolowicz on tort*, Sweet & Maxwell - Thomson Reuters, London, 2010, 18th ed.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, Editorial Civitas (trad. 2ª ed. alemana Diego-Manuel Luzón P.), Madrid, 1997, T. I.

SHAPIRO, Geri, "The prima facie tort doctrine: acknowledging the need for judicial scrutiny of malice", *Boston University Law Review*, N° 63 1983, pp. 1101-1128.

SOTO-KLOSS, Eduardo, Comentario de jurisprudencia, *R.D.J.*, T. 89, sec. 5ª, 1992, p. 22 y ss.

WHISH, Richard, *Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, 6th ed.