

Derecho a litigar, hostigamiento judicial y competencia desleal: El caso Sal Lobos

COMENTARIO:

María Fernanda Juppet Ewing¹

Profesora de Derecho Económico

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

Profesora Auxiliar de Derecho, Economía y Mercado

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

“Los seres humanos piensan, hablan, crecen, adoran a Dios, enseñan, opinan, se expresan y, como culminación de su proceso de pensamiento libre actuando en sociedad, piden, solicitan, se dirigen a quienes ejercen potestades planteando sus ideas y puntos de vista sobre asuntos públicos y privados”.

Enrique Evans de la Cuadra

Antecedentes del derecho a litigación

El derecho a litigar ha sido consagrado en las Constituciones Políticas chilenas en su espíritu desde el año 1818, con la dictación de nuestra primera Constitución, pero no es sino en la Constitución del año 1823 que se hace un reconocimiento expreso a dicha garantía, al establecer en su artículo 118, ubicado en el Título XII “Del poder judicial”, que: “Es libre el derecho individual de presentar peticiones ante las autoridades constituidas, sin que puedan limitarse ni modificarse, procediendo legal y respetuosamente”.² De tal manera que se admite la interposición de presentaciones o solicitudes ante las autoridades que la ley determine, mientras dichas solicitudes sean interpuestas cumpliendo con dos requisitos copulativos, de carácter netamente formal, en primer lugar que sean interpuestas mediante el procedimiento determinado por la ley, y, en segundo lugar, que dicha solicitud sea planteada en términos respetuosos.

¹ Master en Derecho de la Empresa, Universidad del Desarrollo, Chile.

Master en Administración de Empresas de Economía Social, Universidad de Valencia, España (c).

² Constitución Política del Estado de Chile, promulgada en 29 de diciembre del año 1823, página 11, artículo 118.

Este principio es reafirmado en la Constitución del año 1828, donde se incorpora por primera vez en nuestro país un acápite especial destinado a desarrollar los derechos individuales del hombre, siendo el primero de dichos derechos aquel que señala que: “La Nación asegura a todo hombre, como derechos imprescriptibles e inviolables, la libertad, la seguridad, la propiedad, el derecho de petición, y la facultad de publicar sus opiniones”.³ Es importante recalcar que a principios del siglo XIX no se había realizado una distinción clara entre el derecho de petición y el derecho de litigación, siendo ambas expresiones sinónimas utilizables para referirse al planteamiento de un problema puntual a la autoridad administrativa o judicial correspondiente.

En el mismo tenor, la Constitución del año 1833 rescata y amplía esta garantía constitucional, al indicar en su artículo 12: “La Constitución asegura a todos los habitantes de la República, N° 6: “El derecho de presentar peticiones a todas las autoridades constituidas, ya sea por motivos de interés general del Estado, o de interés individual, procediendo legal y respetuosamente”.⁴ Si es que observamos cuidadosamente, la norma del año 1828 y la de 1833 son casi idénticas, excepto por el hecho de que en la Constitución de 1833 se reconoce la existencia de la acción pública “por motivos de interés general del Estado”, permitiendo a los habitantes de la República denunciar aquellos ilícitos que pudieran afectar directamente al Estado, como asimismo aquellas circunstancias de interés particular.

Esta garantía es incorporada en idénticos términos en la Constitución del año 1925.

No es la intención del presente artículo cuestionar la existencia de este derecho constitucional, ni en su variante de presentación de recursos judiciales, ni de interposición de solicitudes ante la autoridad administrativa, ya que resulta evidente la necesidad de garantizar a cualquiera que se sienta vulnerado en sus derechos la facultad de acudir ante el tribunal jurisdiccional o la autoridad administrativa competente para el restablecimiento del Estado de Derecho.

Con todo, el derecho a litigar presenta algunas limitaciones de acuerdo a la legislación vigente y a los principios generales del derecho. Es así como no será lícito litigar abusando del derecho invocado, mediante una conducta que contradiga los actos propios, ni ejerciendo una conducta contraria a la libre competencia.

³ Constitución Política de la República de Chile promulgada en 8 de agosto de 1828, página 3, Capítulo III, “Los derechos individuales”, artículo 10.

⁴ Constitución Política de la República de Chile, año 1833, Capítulo V “Derecho público de Chile”, artículo 12, página 3.

I. Teoría del abuso del derecho

Ha generado acuerdo en la doctrina que es posible la utilización maliciosa de un derecho, es más, "todos los autores franceses, como Planiol, Colin y Capitant, Demogue y Josserand, han estado de acuerdo en que existe un ejercicio abusivo de un derecho cuando se ejercita maliciosamente, con el propósito de dañar a otro, o sin que a su titular reporte utilidad alguna".⁵

Es así como podremos determinar el abuso o no de un determinado derecho, basados en dos elementos principales:

(i) Que el ejercicio del derecho en cuestión genere daño a un tercero.

Es importante considerar que la limitación en el ejercicio de un derecho no se encuentra dada por un azar o por la imposición de un tercero, sino que por las propias normas sociales de la comunidad en la cual se desarrollen las acciones que lo contrarían, de tal manera que la calificación de ilícito, que puede llegar a revestir el ejercicio de un derecho propio, se encuentra dada por el daño que dicho ejercicio origine a un tercero.

(ii) La utilidad que el ejercicio de dicho derecho otorga a su titular.

Con todo, no es suficiente que el ejercicio de un derecho dañe a un tercero para que nos encontremos frente al abuso del derecho, sino que es necesario que concurra un segundo requisito copulativo a esta teoría, es necesario que el ejercicio de este derecho genere para su titular una utilidad. Sin embargo, dado que nos encontramos en una sociedad organizada, la calificación, o más bien, la cuantificación de esta utilidad no será determinada por un criterio cualquiera, sino que deberá ser determinada por los tribunales de justicia en razón de que el ejercicio de dicho derecho le produzca (o no) a su titular una utilidad comparable con el daño ocasionado a un tercero.

Siguiendo al profesor Moisset de Espanés, debemos distinguir entre distintas concepciones de abuso del derecho: "Dos son principalmente las concepciones que se han expuesto para caracterizar el ejercicio abusivo del derecho. Una de ellas da lugar a los sistemas que podemos denominar "subjetivos", que consideran que el acto es abusivo cuando existe un obrar doloso o culposo del sujeto; la otra, de tipo "objetivo", tiende a los fines de la norma jurídica, y estima que el acto es abusivo cuando se violan o exceden estos fines".⁶

⁵ Illanes Ríos, Claudio; *El abuso del derecho*, II Curso de Actualización Jurídica "Teorías de derecho civil moderno", Ediciones Universidad del Desarrollo, agosto 2005. página 80.

⁶ Moisset De Espanés, Luis; *El abuso del derecho*, página 4.

En el caso del abuso del derecho como conducta anticompetitiva podemos indicar que es indiferente la concepción a la que nos adherimos, dado que, si estamos de acuerdo con la doctrina subjetiva, y podemos calificar de abusiva una conducta que implique un actuar doloso o culposo del sujeto, el cometer un ilícito de libre competencia, mediante cualquier tipo de conducta, es catalogable al menos de culposo.

Si, por otra parte, acordáramos aplicar la visión objetiva del abuso del derecho, deberíamos llegar a la conclusión de que cualquier acto que venga en restringir, limitar, entorpecer o impedir la libre competencia, se encontrará fuera de los fines tenidos en vista por el legislador a la hora de consagrar un determinado derecho, dado que la consagración de la libre competencia en los mercados es, asimismo, un bien jurídico protegido por el legislador. Tanto en cuanto al legislador le agrada la existencia de competencia en los mercados por el sinnúmero de beneficios que dicha competencia implica para sus habitantes.

II. Doctrina de los actos propios

La coherencia de los actos ejecutados por el titular de un derecho es una característica exigida por la doctrina del derecho civil desde los tiempos del derecho romano, convirtiéndose en una verdadera limitación al ejercicio de un derecho lícito. En palabras de Moisset De Espanés: “Una de ellas es la regla que establece que a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, la que desde muy antiguo se ha expresado en la máxima *“Venire contra factum proprium non valet”*.⁷

Es importante internalizar que en derecho los sujetos no actúan de manera incausada, y por tanto deberán actuar siguiendo ciertos principios lógicos, persiguiendo determinados fines, y sobre todas las cosas, actuando en forma coherente con las acciones anteriormente desplegadas.

El derecho subjetivo, reconocido por el ordenamiento jurídico, tiene como finalidad principal, por una parte, una función económica y social, finalidad que justifica la existencia de dicho derecho, consagrando el bien jurídico protegido por su existencia. De tal manera que el ejercicio de un derecho lícito se torna en ilícito cuando se encuentra encaminado a generar un daño para un tercero ajeno a la relación jurídica objeto de análisis. “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 para la cual ha sido atribuido su titular,

⁷ Rodríguez Q., Ambrosio; *Teoría de los actos propios*, II Curso de Actualización Jurídica “Teorías de derecho civil moderno”, Ediciones Universidad del Desarrollo, agosto 2005, página 63.

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”.⁸

III. Libre competencia

(i) Antecedentes generales del caso Sal Lobos S. A.

El caso denominado “Compañía Minera Cordillera S.A.” contra “SPL o Punta de Lobos”, seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, es iniciado el día 02 de julio del año 2003, por la denuncia realizada por Compañía Minera Cordillera S.A., en contra de Punta de Lobos, dado que ambas compañías se dedicaban a la extracción, exportación y comercialización de sal a nivel internacional, particularmente en el mercado de sal a granel, destinado al deshielo de caminos. Las actividades de explotación de ambas empresas se encuentran ubicadas en la Región de Tarapacá, en el Norte de Chile. Respecto de este mercado relevante podemos establecer como hechos acreditados que la única forma de transporte que hace atractivo el desarrollo del negocio es el flete marítimo.

Al efecto, en la zona de Tarapacá existe sólo un puerto habilitado para el flete de sal a granel, denominado Puerto Patillos, el cual es de propiedad de la empresa Punta de Lobos, dado que el otro puerto de la zona, Puerto Patache, perteneciente a la Empresa Nacional de Electricidad (ENDESA), sólo ha sido autorizado para la operación de un muelle multipropósito para la descarga de carbón y ácido sulfúrico, aun cuando, al momento de la presentación de la denuncia, se había solicitado la ampliación de dicho propósito a la Subsecretaría de Marina.

En el año 2001, ENDESA convocó a una licitación privada para la enajenación del Puerto Patache y su respectiva concesión marítima, proceso en el que participaron tanto Punta de Lobos como Cordillera. Es importante considerar que de haber tenido éxito las pretensiones de Punta de Lobos en lo referente a la adjudicación del Puerto Patache a su favor, se habría convertido en un monopolista de todos los puertos de la zona. Dicha licitación en definitiva fracasó, tras lo cual Cordillera comenzó una serie de conversaciones privadas para la suscripción de un contrato de promesa de compraventa sobre el Puerto Patache.

⁸ Rodríguez Q., Ambrosio; citando a Luís Díez-Picazo; *Teoría de los actos propios*, II Curso de Actualización Jurídica “Teorías de derecho civil moderno”, Ediciones Universidad del Desarrollo, agosto 2005. página 63.

Tras la suscripción de dicho contrato de compraventa Punta de Lobos inició, de acuerdo a lo denunciado por Cordillera, “Una agresiva campaña judicial y administrativa” en contra de la denunciante, compuesta de las siguientes acciones:⁹

a) Solicitud de caducidad de la concesión marítima de ENDESA sobre Puerto Patache ante la Subsecretaría de Marina y ante el 30° Juzgado Civil de Santiago (08 de agosto de 2002). Dicho juzgado civil ordenó la prohibición de celebrar actos y contratos respecto de la concesión de Endesa sobre Puerto Patache.

b) Demanda de ineficacia del acto por medio del cual se rechazaron todas las ofertas en la licitación de Puerto Patache, de cumplimiento forzoso del contrato de licitación privada y, por ende, de adjudicación de este puerto ante el 8° Juzgado Civil de Santiago (09 de enero de 2003).

c) Demanda de nulidad de derecho público del D. S. N° 139-2002 de la Subsecretaría de Marina, que amplía al embarque de sal la concesión marítima del Puerto Patache, ante el 21° Juzgado civil de Santiago (03 de febrero de 2003). Dicho juzgado decretó como medida precautoria la suspensión de los efectos del decreto impugnado, el que se encontraba en trámite de toma de razón por parte de la Contraloría General de la República de Chile.

d) Solicitud de otorgamiento de una nueva concesión marítima sobre Puerto Patache ante la Capitanía del Puerto. Esta solicitud fue rechazada por superponerse a la existente de que es titular ENDESA.

A primera vista podríamos pensar que la actuación de Punta de Lobos es lícita, dado que quien ejerce su derecho a litigar a nadie agravia. Y en principio estaríamos en lo correcto, pero tras una segunda lectura de las acciones deducidas podemos llegar a la conclusión de que dichas acciones no se encontraban encaminadas a la defensa de un determinado derecho, y que por tanto Punta de Lobos no estaba protegiendo su patrimonio mediante el ejercicio de este sinnúmero de acciones, sino que buscaba un resultado diverso mediante la interposición de todas las demandas antes citadas. Es más, si revisamos la naturaleza jurídica de las acciones deducidas, no podemos sino concluir que su ejercicio es altamente contradictorio, dado que no es admisible, tras un razonamiento basado en la lógica jurídica, que una misma persona demande a la vez:

1. La caducidad de una concesión portuaria.
2. La adjudicación de dicha concesión portuaria vía licitación privada.

⁹ Sentencia N° 47/2006, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, dictada en Santiago el día 05 de diciembre del año 2006, páginas 2 y siguientes.

3. La adjudicación de dicha concesión portuaria por vía administrativa.
4. La prohibición de celebrar actos o contratos sobre el puerto objeto de la concesión.
5. La nulidad del decreto que permite usar el mismo puerto objeto de todos los juicios anteriores para el giro del negocio del demandante en todos esos juicios.

Por el contrario, la lógica indica que el camino natural era pedir la caducidad de la concesión portuaria de ENDESA y la adjudicación de una nueva concesión portuaria por vía administrativa.

(ii) El hostigamiento judicial como figura de competencia desleal

Se ha determinado por la doctrina que una de las formas más sencillas de evitar que un nuevo competidor ingrese en el mercado se encuentra dada por el despliegue de conductas tendientes a aumentar deliberadamente la estructura de costos de la competencia, de tal manera que estos nuevos costos no puedan ser absorbidos por la empresa víctima a fin de que, tras la inclusión de dichos costos, el negocio que en principio resultaba rentable, pierda parte o la totalidad de sus atractivos comerciales.

Es importante considerar que un supuesto básico para lograr este objetivo es que la empresa que ejecuta la conducta tenga poder de mercado, de tal manera que las prácticas exclusorias por ella desplegadas causen efectos en el mercado relevante objeto de la conducta. En opinión del profesor Coloma "... son conductas que implican intentos de excluir competidores para lograr un incremento o una mayor posibilidad de ejercer el poder de mercado, y pueden llevarse a cabo de diversas maneras... Los dos tipos principales de prácticas horizontales exclusorias tienen que ver con la obstaculización del acceso al mercado de competidores potenciales y con la depredación de competidores existentes".¹⁰

Por lo tanto, es dable dividir estas conductas exclusorias en dos grupos. En un primer grupo se reúnen aquellas que tienen por propósito la depredación de competidores existentes, y en un segundo grupo se reúnen aquellas que tienen por finalidad obstaculizar el acceso al mercado de competidores potenciales.

Pero el ejercicio de este tipo de conductas no es tan sencillo como podría parecer en un primer análisis, dado que la institucionalidad de la libre com-

¹⁰ Coloma, Germán (UNLP y Comisión Nacional de Defensa de la Competencia); "Prácticas horizontales exclusorias y defensa de la competencia", página 1.

petencia chilena hoy se encuentra dotada de amplios poderes de investigación, pudiendo la Fiscalía Nacional Económica instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones a la Ley de Defensa de la Libre Competencia, pudiendo requerir a dichas empresas ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, cuando constate que los hechos, actos o convenciones desplegados por la empresa investigada resultan contrarios a la libre competencia.

Con todo, el lícito derecho a litigación, consagrado legal y constitucionalmente en nuestro país, está siendo desnaturalizado por diversas empresas, las cuales, con la finalidad de aumentar los costos a su competencia, han optado por iniciar una serie de pleitos legales, medianamente plausibles y, a veces, incluso, la interposición de acciones incompatibles con la mera finalidad de aumentar los gastos de sus competidores, a fin de distorsionar su estructura de costos y hacer imposible su permanencia en el mercado.

De tal manera que, mediante el despliegue de conductas predatorias, se puede eliminar o al menos retardar el ingreso de competencia a un mercado determinado. Podemos entender por predación: "Aquel 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".¹¹

De tal manera, el incurrir en gastos innecesarios en asesoría legal y administrativa, a fin de generar conflictos innecesarios para su competencia, intervenir en sus procesos no contenciosos, denunciar potenciales infracciones a fin de forzar fiscalizaciones gubernamentales sobre sus procesos productivos, se transforman en conductas que, en principio, significan pérdidas para quien despliega dichas conductas, pero, en el mediano y largo plazo, pueden llegar a eliminar al competidor objeto de dichas conductas, como veremos más adelante.

En este contexto, la predación por la vía de utilizar el aparato gubernamental y judicial no es una conducta extraña en derecho comparado, "la predación por abuso de procedimientos gubernamentales, incluyendo en ellos los procedimientos administrativos y judiciales, presenta una amenaza a la competencia que se ha incrementado en los últimos tiempos. La legislación de defensa de la libre competencia está comenzando a alcanzar dichas con-

¹¹ Grau Arnau, Susana; Merino Castelló, Anna; "Precios predatorios: Analisis legal y económico"; 29 de junio de 2005, página 2.

ductas, pero aún no se ha determinado el criterio que el gobierno asumirá en este tema".¹²

Es así, como, tanto las acciones judiciales ante los tribunales de justicia, como las solicitudes reclamables ante la Administración del Estado pueden convertirse en herramientas para el desarrollo de este tipo de conductas predatorias.

El profesor Robert Bork ha logrado determinar cinco factores que nos permiten distinguir cuándo un actor de mercado al ejercer un derecho propio se encuentra desarrollando una conducta lícita, y cuándo, mediante el despliegue de dicha conducta realiza un ilícito contra la libre competencia, al indicar: "los siguientes cinco factores pueden parecer predominantes dentro de aquellos que determinan la intención impropia de utilizar los poderes coercitivos del aparato estatal para fines incorrectos: (1) la intención de las partes; (2) los medios empleados; (3) el carácter de los procedimientos gubernamentales involucrados; (4) el tipo de decisión que debe ser tomada; y (5) el grado en el que el procedimiento se focaliza respecto de las normas generales sobre los derechos y obligaciones de las partes involucradas. Estos cinco factores necesitan enfocarse hacia las pérdidas que puede ocasionar un determinado resultado en el caso particular".¹³

Es así como se erige la figura anglosajona de "*Sham litigation*", o "litigación por engaño", esta institución consiste en interponer acciones judiciales o gubernamentales, que, en principio, no necesariamente se encuentren encaminadas a un resultado positivo para la parte que la invoca, sino que sólo tiene por finalidad entorpecer el normal desarrollo de la actividad comercial de la víctima de dichas acciones. Es decir, nos encontraremos frente a un caso de litigación por engaño en aquellos casos en que una empresa obtenga mediante la interposición de una demanda o solicitud administrativa el entorpecer la actividad comercial de un competidor, dificultando la libre competencia, mediante el ejercicio de derechos sin mayor probabilidades de resolución favorable.¹⁴

¹² "Predation by abuse of governmental procedures, including administrative and judicial processes, presents an increasingly dangerous threat to competition. Antitrust law is beginning to catch up with it, but the criteria that are to govern this field are not yet formulated". Bork, Robert; *The antitrust paradox: a policy at war with itself*; The Free Press, New York, NY 10020, 1993, página 347.

¹³ "The following five factors would appear to be prominent among those which should determine the liability of persons charged with improper attempts to employ the coercive powers of government for wrongful ends: (1) the intent of parties; (2) the means employed; (3) the character of the governmental process involved; (4) the character of the decision to be made; and (5) the degree to which the process focuses upon the formulation of general rules or upon the specific rights or liabilities of particular parties. These five factors need point to liability for that to be the proper result in a particular case". Bork, Robert H.; *The antitrust paradox: A policy at war with itself*: chapter 18: Predation through governmental processes, The Free Press, United States of America, 1993, page 357.

¹⁴ PRE, 113 S.Ct at 1928, 26 USPQ at 1646.

De tal manera que, dependiendo el tipo de acciones interpuestas por la empresa predatoria, podemos distinguir dos objetivos principales originados por este tipo de conductas:

a) Aumentar los costos de la compañía entrante en el mercado

Por regla general, esta subconducta corresponde a reintentar acciones de carácter judicial o administrativo, de carácter contencioso, las cuales pueden llegar a configurar incluso acciones incompatibles entre sí, buscando mediante su interposición incrementar los costos de las empresas rivales cerrando de manera práctica el mercado donde han consagrado su posición dominante. "El incremento de costos de los rivales es un ejemplo de lo que la literatura jurídica sobre competencia denomina "cierre de mercado" (*foreclosure*), y que es visto en general como un problema que ciertas relaciones verticales le crean al ingreso de nuevas empresas a los mercados".¹⁵

"Es necesario tener en consideración dos puntos respecto a esta subconducta. Primero, las empresas nuevas, por regla general, no cuentan con una estructura jurídica estable dentro de su planta de trabajadores, que les permita hacer frente a un gran número de acciones judiciales interpuestas en su contra. Asimismo, les resulta imposible, por razones de capacidad económica, tercerizar dichas demandas mediante la contratación de un estudio jurídico externo, dados los precios de mercado de este tipo de asesoría. En segundo lugar, no cuentan con una presencia en el mercado que les facilite la generación de pruebas, debiendo contratar costosos peritajes externos, los cuales significan una importante distracción de recursos, los cuales en principio debieran haber sido aplicados al desarrollo de su giro.

Los argumentos basados en el concepto de incremento de los costos de los rivales sirven para explicar tanto prácticas horizontales como prácticas verticales destinadas a excluir competidores, como también para ciertas fusiones y adquisiciones. El razonamiento de este tipo de teorías va inclusive más allá del análisis de las prácticas propiamente exclusorias, ya que en muchos casos incrementar los costos de los rivales puede ser rentable aunque dichos rivales permanezcan en el mercado".¹⁶

Es así como podemos distinguir dos efectos deseados por medio de esta conducta. Por una parte se encuentra la eliminación de un nuevo rival, el cual dados

¹⁵ Coloma, Germán (UNLP y Comisión Nacional de Defensa de la Competencia); "Integración y contratos verticales entre empresas", página 10.

¹⁶ Coloma, Germán (UNLP y Comisión Nacional de Defensa de la Competencia); "Prácticas horizontales exclusorias y defensa de la competencia", página 3.

los costos de puesta en marcha de la empresa, más los costos de las defensas judiciales y administrativas, no será capaz de mantenerse en el mercado por un plazo tal que haga rentable su actividad, debiendo desistir al corto plazo de su intención de permanecer en un determinado mercado, o en segundo lugar, si bien los rivales permanecen en el mercado, su estructura de costos se encuentra alterada, y por lo mismo, los precios de sus productos serán mayores que si la empresa no debiera incurrir en los costos de defensas judiciales y administrativas. En este caso, la empresa que ejecuta conductas contrarias a la libre competencia se ve nuevamente beneficiada por los efectos de su conducta, ya que si bien no ha logrado eliminar su rival, de todas formas se ve dotada de una ventaja comparativa en su estructura de costos, de tal manera que su posición dominante se verá reforzada por precios más competitivos que los de sus rivales. Precios que reflejan los efectos de la conducta anticompetitiva desplegada por la empresa dominante en el mercado.

b) Entrabar la actividad económica del nuevo competidor

Una compañía debe, necesariamente, al momento de ingresar a un nuevo mercado, soportar ciertas pérdidas económicas hasta lograr un determinado posicionamiento de mercado, y, finalmente, generar utilidades. Si a esto le añadimos el hostigamiento judicial como conducta contraria a la libre competencia, se generan nuevos costos para el competidor entrante, de tal manera que sus pérdidas se agravan, y el momento de percibir utilidades se dilata en el tiempo, es así como, en definitiva se logra entabrar el libre ingreso de un nuevo competidor.

Por tanto, se puede lograr el efecto de entabrar la actividad económica de un nuevo competidor por dos vías distintas:

a) Retardando la entrada de un nuevo competidor

Mediante la interposición de acciones judiciales y administrativas como táctica empresarial, se podrá retardar la consecución de permisos de operación o del otorgamiento de autorizaciones administrativas o judiciales para el ejercicio de una determinada actividad económica. Este tipo de acciones tiene por finalidad el retardar la puesta en marcha de un rival en el mercado, pero no necesariamente el impedir el acceso del rival en forma definitiva. Por ejemplo, en el caso de una industria el interponer recursos administrativos en contra de la resolución que acepta la "Declaración de Impacto Ambiental" de una determinada industria, no tiene por finalidad necesariamente la negativa permanente de la Administración para que dicha industria opere en el mercado, pero probablemente retardará varios meses la entrada de este nuevo rival.

Es interesante recalcar que en el caso de esta subconducta puede ser utilizada en contra de todo tipo de empresas, sin importar su tamaño o respaldo financiero, dado que el retardo provocado afectará por igual, al menos en ciertos plazos mínimos, la entrada del rival al mercado. Es cierto que las empresas "pequeñas" podrían sufrir efectos mayores, tales como la imposibilidad de sostenerse en el mercado. Pero la utilización de la litigación como un elemento retardador en la entrada de un rival al mercado afectará igualmente a rivales importantes, dado que los plazos mínimos para la resolución de conflictos judiciales y administrativos no podrán ser acelerados más allá de aquellos plazos que correspondan al rival afectado, siendo difícil el evitar la dilación del proceso judicial o administrativo del competidor dominante que ha interpuesto los recursos.

"Quien despliega una conducta predatoria no espera, necesariamente, impedir el ingreso de un nuevo competidor al mercado. La litigación falsa entonces se convierte en una táctica útil en contra cualquier tipo de competidor, sin importar determinadas reservas, dado que puede ser rentable asumir el precio de la litigación para generar un retardo de uno o más años de la entrada de un rival en un mercado lucrativo. En estos casos, la predación exitosa no requiere que quien despliega la conducta pueda imponer costos mayores a la víctima, sino que basta que los costos generados se originen en áreas en que quien despliega la conducta tenga reservas superiores a las que posee la víctima. Ninguna otra técnica de predación logra escapar a todos estos requerimientos, y los hechos indican que tanto el daño como la probabilidad de éxito incentivan el mal uso de los procedimientos gubernamentales".¹⁷

b) Aumentando los costos del nuevo competidor

Si bien es cierto que ambos competidores tendrán que enfrentar costos legales similares, existen dos diferencias principales entre aquel que se ha instalado en el mercado y quien ingresa por primera vez al mismo. Quien ya se encuentra asentado en el mercado está en una etapa de producción, por tanto, se encuentra generando utilidades, asimismo, como sus procesos productivos están en desarrollo, los costos de prueba que deberá asumir en caso de litigio son menores, dado que tiene pleno conocimiento de los procesos productivos y del mercado en el cual se desenvuelve. El nuevo competidor, por regla

¹⁷ "The predator need not expect to defeat entry altogether. He may hope only to delay it. Sham litigation then becomes a useful tactic against any size firm, regardless of relative reserves, for it may be worth the price of litigation to purchase a delay of a year or several years in a rival's entry to a lucrative market. In such cases, successful predation does not require that the predator be able to impose larger costs on the victim, that the predator have greater reserves than the victim. No other technique of predation is able to escape all of these requirements, and that the fact indicates both the danger and the probability of predation by misuse of governmental processes.". Bork, Robert; *The antitrust paradox: a policy at war with itself*; The Free Press, New York, NY 10020, 1993, páginas 347 - 348.

general, al estar recién incorporándose en un mercado determinado, no se encuentra en pleno desarrollo productivo, por lo que sus pérdidas iniciales se ven multiplicadas por los gastos de litigio, además si es que se orienta el ataque judicial a empresas de menor envergadura, tenderá a agotar sus recursos en la defensa judicial.

“Como técnica predatoria, la litigación por engaño es teóricamente una de las más prometedoras. La litigación frente tanto a una agencia gubernamental como a un tribunal, puede comúnmente ser utilizada con la excusa de que gastos de litigación serán equivalentes para ambas partes. Incluso si, como es usual, la víctima que quiere ingresar al mercado pretende presentar pruebas, la litigación puede convertirse en un importante gasto, no tanto en los gastos de defensa legal ni en los costos directos de la interposición de dichos recursos, sino que por los costos involucrados en la desviación de tiempo de los ejecutivos de la empresa y la interrupción de las actividades regulares de la organización. Por su parte, a la empresa que despliega las conductas destinadas a evitar el ingreso al mercado de un nuevo competidor a través de la litigación por engaño pueden imponérsele los mismos reparos, pero puede mantener dichos costos por un tiempo mayor al rival potencial. Esta táctica comúnmente logra un éxito menor en contra de empresas de menor tamaño, dado que los costos asumidos por la defensa de la compañía serán proporcionalmente mayores que los asumidos por empresas de mayor tamaño. Esta táctica será más exitosa con empresas de un mayor tamaño, dado que los costos son mayores a los relativamente proyectados para un mercado pequeño”.¹⁸

Dentro de los objetivos buscados por quien despliega la conducta de hostigamiento judicial no se encuentra necesariamente el impedir en forma definitiva la entrada de un nuevo competidor al mercado, sino que sólo importa el retraso en la entrada al mercado de dicho competidor, la idea es mantener su posición en el mercado por el plazo más extenso posible. Pero es necesario reconocer que cualquier mercado rentable tenderá a la generación de competencia en la medida de que las utilidades previstas sean atractivas.

¹⁸ “As a technique for predation, sham litigation is theoretically one of the most promising. Litigation whether before an agency or a court, can often be framed so that the expenses to each party will be about the same. Indeed, if, as is usual, the party seeking to enter the market bears the burden of going forward with evidence, litigation can be enormous, not merely in direct legal fees and costs but in the diversion of executive time and effort and in the disruption of the organization’s regular activities. Thus the firm resisting market entry through sham litigation can impose equal reserves, may be able to outlast the potential rival. This tactic is likely to find and unqualified success only against smaller firms, since the costs of litigation must loom large relative reserves if the firm is to be driven out. The tactic may be successful against larger firms if the costs are large relative to expected profits in a small market.”. Bork, Robert; *The antitrust paradox: a policy at war with itself*; The Free Press, New York, NY 10020, 1993, páginas 347 - 348.

(iii) Análisis del caso SPL

Respecto del caso Punta de Lobos, es importante considerar dos circunstancias especiales. En primer lugar, nos encontramos frente a una empresa dotada de posición dominante, en visión del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en virtud del derecho de dominio sobre una facilidad esencial, el cual en este caso se encuentra dado por el acceso monopólico a un puerto dotado de la autorización para embarcar sal a granel. En segundo lugar, se configura el ilícito de hostigamiento judicial como conducta contraria a la libre competencia. Es más, podemos extraer de la sentencia en comento los elementos que configuran al hostigamiento judicial como ilícito de la Ley de Libre Competencia.

i. Empresa dotada de posición dominante en virtud del derecho de dominio sobre una facilidad esencial

Es importante recalcar, respecto de los hechos que motivan la demanda de la empresa Cordillera S.A. ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que el puerto Patillo adquiere la calidad de facilidad esencial, dado el retardo en la habilitación del puerto Patache para la carga de sal a granel, facilidad que sumada a su calidad de empresa líder en la producción y ventas del mercado nacional de la sal, altera directamente su estructura de costos en comparación a su competencia, de tal manera que le otorga a SPL la calidad de empresa con posición dominante en el mercado de la sal a granel.¹⁹

De tal manera que SPL logró, mediante la integración vertical con el puerto Patillos, puerto destinado al embarque de sal a granel, un incremento efectivo de su poder de mercado, en opinión del profesor Coloma: “La crítica más común a las restricciones verticales como elementos que incrementan el poder de mercado de las empresas se relaciona con el argumento del *“leverage”* o *extensión de monopolio*. La idea detrás de este argumento es que una empresa que tiene poder de mercado en un segmento de una actividad productiva (por ejemplo, el productor de un insumo) puede incrementar dicho poder si se integra verticalmente o firma contratos restrictivos con empresas que se encuentran en otro segmento de la misma actividad (por ejemplo, con productores que transforman su insumo). Sin embargo, para que dicha extensión tenga algún efecto apreciable resulta necesario que las empresas con las cuales

¹⁹ “Quincuagésimo quinto. Que, por lo precedentemente expuesto, a juicio de este Tribunal, SPL, junto con ser la empresa líder en la producción y ventas en el mercado nacional de la sal –fruto del control del puerto de Patillos y de la escala alcanzada gracias a su participación en los mercados internacionales– posee actualmente una ventaja de costos no replicable por los productores locales, lo que le confiere una posición dominante que es difícilmente disputable por una empresa que realiza el transporte de sal sólo por vía terrestre”. Sentencia N° 47/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, 05 de diciembre del año 2006, página 50,



el monopolista original se está integrando sean de algún modo capaces de limitar el poder de mercado de dicho monopolista original, y que por lo tanto la integración o las restricciones verticales impuestas tengan como objetivo remover dicha limitación”.²⁰ En este caso, al integrarse el puerto Patillos con SPL, dicha empresa logra garantizar sus costos de transporte a un precio considerablemente más bajo que su competencia por medio del transporte terrestre, de tal manera que, al acceder en forma exclusiva a dicha forma de transporte, SPL logra limitar el acceso de su competencia a la posibilidad de analogar sus costos de transporte, removiendo cualquier peligro de restricción a su poder de mercado garantizándolo en el mediano plazo.

La sustancial diferencia en la estructura de costos presentada entre la empresa SPL y su competencia puede ser explicada, a juicio del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por dos razones concurrentes en este caso: “Primero, SPL presenta menores costos unitarios de producción como resultado de las economías a escala y ámbito que ha logrado alcanzar gracias al acceso a mercados internacionales. Segundo, SPL presenta menores costos unitarios de transporte hacia los centros de consumo en el mercado doméstico, dado que transporta por mar una fracción mayoritaria de sus ventas”.²¹

De tal manera, podríamos llegar a afirmar que en definitiva la razón principal de la estructura de costos más ventajosa para SPL se encuentra dada por el acceso a un puerto para despachar sus productos, dado que esto afecta directamente sus costos unitarios, por una parte, y dada la posibilidad de enviar sus productos a un menor costo hacia mercados internacionales, la empresa se ve beneficiada por los resultados de las economías a escala. De tal manera que la ventaja de acceder directamente a un medio de transporte marítimo configura la principal, si no única, diferencia entre SPL y sus competidores directos. Es así como, “en el caso que un puerto privado tenga las características económicas de una facilidad esencial, y en ausencia de restricciones técnicas o falta de capacidad para el embarque de sal... podría ser considerado contrario a la libre competencia que el operador portuario niegue sus servicios a terceros que lo soliciten”.²²

En definitiva la doctrina de facilidades esenciales como conducta atentatoria contra la libre competencia se encuentra dada especialmente por la negativa

²⁰ Coloma, Germán (UNLP y Comisión Nacional de Defensa de la Competencia); “Integración y contratos verticales entre empresas”, página 7.

²¹ Sentencia N° 47/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, 05 de diciembre del año 2006, página 51.

²² Sentencia N° 47/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, 05 de diciembre del año 2006, página 55. Es importante recalcar que, de acuerdo a lo determinado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el hecho de constituir el puerto Patillos una facilidad esencial no se encuentra debidamente acreditado en autos, aun cuando dicha circunstancia no es descartada.

injustificada de compartir con empresas de la competencia directa el aprovechamiento de una determinada ventaja, ventaja que es considerada indispensable para poder acceder al mercado. Asimismo aquellos terceros competidores a quienes se les niega el acceso, en principio, por razones de dominio o de facilidad técnica no tienen acceso a la misma.²³

De tal manera que mediante la negativa de uso se configura una práctica exclusoria, que tiene por finalidad limitar el acceso de una ventaja impidiendo su acceso a los rivales de la empresa que goza de la facilidad esencial. “Una práctica exclusoria particular que ha merecido el interés de la doctrina jurídica tiene que ver con casos en los cuales la exclusión de competidores se efectúa a través de la adquisición o posesión de algún activo esencial para la provisión de un bien o servicio y de la negativa a otorgarle el acceso a dicho activo a los competidores. El análisis de este tipo de casos es el objeto de la denominada “doctrina de las instalaciones esenciales” (*essential facilities doctrine*). La misma sostiene que, en ciertas circunstancias, el instrumento para excluir competidores consiste en poseer un activo que resulta indispensable para poder acceder al mercado, que hace que sólo aquel o aquellos que lo poseen puedan ofrecer de manera efectiva el bien o servicio en cuestión”.²⁴

De acuerdo a lo determinado por el séptimo circuito de apelaciones de EEUU, para que nos encontremos en presencia de una facilidad esencial es necesario que concurren una serie de requisitos, los cuales fueron cumplidos por SPL en el caso en comento:²⁵

a) El monopolista tiene acceso a una facilidad esencial.

En principio, el puerto Patillo es constitutivo de una facilidad esencial, por el hecho de no existir en la zona otros puertos habilitados para el embarque de sal a granel.

Es interesante recalcar que las autorizaciones administrativas y el exceso de regulación en ciertos mercados han hecho posible la proliferación de monopolios, como lo expresa Bork: “En los primeros tiempos de la política contra

²³ In Antitrust law, the same fault lines appear only they often are not recognized as such. The essential facilities doctrine holds that dominant firms may incur antitrust liability if they do not provide access to their unique facilities, even to competitors, on a non-discriminatory basis where sharing is feasible and the competitors cannot obtain or create the facility on their own”. Bork, Robert H.; *The antitrust paradox: A policy at war with itself*: chapter 18: “Predation through governmental processes”, The Free Press, United States of America, 1993, page 348.

²⁴ Coloma, Germán (UNLP y Comisión Nacional de Defensa de la Competencia); “Prácticas horizontales exclusorias y defensa de la competencia”, página 2.

²⁵ Weber Waller, Spencer; Frischman, Brett; “The essential nature of infrastructure or the infrastructural nature of essential facilities”, <http://ssrn.com/abstract=961609>, página 9.

la competencia, existían pocas oportunidades para la monopolización como resultado del mal uso de la estructura gubernamental, dado que la regulación estatal no era tan persuasiva como lo es en la actualidad. En las últimas décadas hemos podido observar una enorme proliferación de regulación y permisos gubernamentales a nivel de gobierno federal, estatal y local. En razón de regular al mercado y proteger a los consumidores, negocios de todo tipo deben obtener una serie de aprobaciones de agencias gubernamentales, servicios públicos y municipalidades”.²⁶

b) La facilidad no puede ser duplicada por el competidor.

En virtud de las acciones judiciales interpuestas por SPL en contra de la autorización administrativa que autorizaba el embarque de sal a granel en el puerto Patache, como asimismo la medida prejudicial que impedía la celebración de actos o contratos sobre el mismo, mediante la cual se impidió el traspaso del puerto mediante licitación privada a la empresa Cordillera, dicha facilidad esencial no podía ser duplicada por el competidor.

Como lo indica el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en el considerando septuagésimo sexto, al indicar que: “las investigaciones administrativas iniciadas y medidas precautorias decretadas, con ocasión de las peticiones y acciones deducidas por Punta de Lobos, tuvieron como efecto retrasar la habilitación para el embarque de sal de puerto Patache, por al menos tres años y ocho meses, término que corresponde al período en que estuvieron vigentes las medidas precautorias obtenidas por SPL, esto es, desde que se decretó la primera de ellas el 28 de agosto de 2002, hasta que Punta de Lobos se desistió de las respectivas acciones el 25 de abril de 2006”.²⁷

c) El monopolista niega el acceso al competidor.

El monopolista efectivamente niega acceso a su competencia a la facilidad esencial, no prestando servicio de embarque a terceros distintos a SPL, pudiendo hacerlo en consideración a la capacidad de la instalación portuaria. E incluso va más allá en su conducta anticompetitiva, e impide el acceso de su rival a una

²⁶ “In the early years of antitrust policy there were fewer opportunities for monopolization though misuse of government because governmental regulation was not so pervasive as it is today. The last several decades have witnessed an enormous proliferation of regulatory and licensing authorities at every level of government, federal, state, and local. In order to enter the market and vie for consumers’ favour, businesses of all types must gain various types of approval from governmental agencies, departments, and officials”. Bork, Robert H.; *The antitrust paradox: A policy at war with itself*: chapter 18: “Predation through governmental processes”, The Free Press, United States of America, 1993, page 347.

²⁷ Sentencia N° 47/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, 05 de diciembre del año 2006, página 56.

facilidad análoga a la propia, dado que “el conjunto de acciones legales por las que SPL obstruyó la habilitación de un segundo puerto para el embarque de sal en la Región de Tarapacá, tuvo como efecto evitar la potencial entrada de nuevos competidores en el mercado doméstico de la sal, particularmente de un competidor relevante –Cordillera– con capacidad para desafiar competitivamente la posición de dominio de SPL en el mercado doméstico de la sal, sea mediante la explotación de sus concesiones mineras, o bien comprando sal de otros productores”.²⁸

d) Es factible el conceder el acceso a la facilidad esencial.

Finalmente, era posible para SPL prestar el servicio de embarque de sal a granel a terceros mediante el cobro de un importe por la utilización del puerto. O, en una segunda instancia, no entorpecer el acceso de su competencia a un puerto distinto del propio.

Lo cual es denunciado por la Fiscalía Nacional Económica, quien en su requerimiento imputa a SPL el interponer una barrera estratégica a la entrada al mercado de transporte de sal a granel: “ya que los grandes centros para consumo humano, industrial y para deshielos de carreteras se encuentran en la región centro-sur del país y en el hemisferio norte, respectivamente. El hecho de no acceder a terminales portuarios aptos para el transporte de sal, debido a que Punta de Lobos no ofrece servicios de transferencia de sal a terceros, en principio, por falta de capacidad, se ha transformado en una barrera que dificulta las posibilidades de otros productores de sal a llegar a precios competitivos a esos mercados en comparación con los ofrecidos por Punta de Lobos”. Informe evacuado por la Fiscalía Nacional Económica, “Compañía Minera Cordillera S.A. y otros, contra Sociedad Sal Punta de Lobos S.A.”, Rol 717-2003, 12 de agosto del año 2004, página 14.

Lo anterior fue aceptado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en su sentencia, al determinar “**Octogésimo:** Que, el consiguiente retraso en la entrada de competidores potenciales al mercado nacional de la sal habría evitado que se traspasen al precio final del producto los ahorros de transporte obtenibles de la sustitución de distribución interna de productos de sal hacia un medio de transporte más barato –esto es, desde el transporte terrestre al transporte marítimo ...”.²⁹

²⁸ Sentencia N° 47/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, 05 de diciembre del año 2006, página 56.

²⁹ Sentencia N° 47/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, 05 de diciembre del año 2006, páginas 57-58.

ii. De la sentencia en comento es posible extraer los elementos que configuran al hostigamiento judicial como ilícito de la ley de libre competencia.

Como ya lo hemos anunciado con anterioridad en este estudio, la importancia de este fallo radica, entre otros factores, en que por primera vez el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia chileno, a propósito del caso SPL, establece una serie de requisitos copulativos para que el ejercicio de acciones judiciales y administrativas en contra de un rival configuren un ilícito contra la libre competencia, determinando de tal manera, cuándo la interposición de acciones judiciales y gubernamentales es lícita y sólo obedece a razones jurídicas:

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

Pero ¿cuándo podemos hablar de posición dominante? De acuerdo a la doctrina, podríamos encontrarnos frente a una empresa dotada de posición dominante cuando, teniendo competencia en el mercado, dicha competencia no sea lo suficientemente importante en éste, de tal manera que la empresa calificada de dominante tenga plena libertad para fijar los precios y condiciones del mercado en el cual opera. Es decir, podemos entender por abuso de posición dominante “una conducta contraria a la libre competencia consistente en el uso abusivo o antijurídico del poder de mercado de una empresa o conjunto de empresas con el fin de explotar o preservar una renta monopólica en un mercado relevante determinado”.³⁰

De tal manera que las condiciones necesarias para que nos encontremos frente a una empresa dotada de posición dominante son las siguientes: la empresa, o conjunto de empresas, debe encontrarse dotada de poder de mercado, debe hacer uso de dicho poder de mercado con la finalidad de explotar o preservar una renta monopólica en un mercado relevante determinado, y, finalmente, dicho uso de su poder debe ser calificable de abusivo o antijurídico.

Primero, la empresa, o conjunto de empresas, debe encontrarse dotada de poder de mercado. Es decir, las acciones realizadas por la empresa o empresas en estudio deben ser capaces de provocar el efecto deseado por sus autores en el mercado, afectando de esta forma la competencia del mismo.

Esta condición de mercado es cumplida por SPL, de acuerdo a lo determinado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, al indicar que: **Quincuagésimo**

³⁰ Ponencia Foro Americano de Libre Competencia “Abuso de posición dominante en Chile: Casos relevantes”, Hernán Rodríguez Flores, FNE, abril 2007.

simo quinto: “por lo precedentemente expuesto, a juicio de este Tribunal, SPL, junto con ser la empresa líder en la producción y ventas en el mercado nacional de la sal –fruto del control del puerto de Patillos y de la escala alcanzada gracias a su participación en los mercados internacionales– posee actualmente una ventaja de costos no replicable por los productores locales, lo que le confiere una posición dominante que es difícilmente disputable por una empresa que realiza el transporte de sal sólo por vía terrestre”.³¹

De tal manera que al negarse a prestar el servicio de cabotaje, o al menos el arriendo de parte de sus instalaciones portuarias, afecta directamente a su competencia encareciendo gravemente sus precios, distorsionando su competitividad.

Segundo, debe hacer uso de dicho poder de mercado con la finalidad de explotar o preservar una renta monopólica en un mercado relevante determinado. Es así como no se verificará el ilícito si es que la negativa de acceso a la facilidad esencial en comento obedece a una razón distinta que la preservación de una renta monopólica, por ejemplo: una negativa de venta motivada por la falta o escasez del producto.

Tercero, dicho uso de su poder debe ser calificable de abusivo o antijurídico. De tal manera que si el competidor no posee poder de mercado no se verificará la conducta en estudio. En tal sentido, tampoco nos encontraremos frente a este ilícito cuando la conducta desplegada por el competido dotado de poder relevante en el mercado se enmarque en las normas legales vigentes.

Respecto de estas dos condiciones, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia las trata juntas en el considerando **Nonagésimo sexto** de su sentencia, al indicar que las acciones desplegadas por SPL son sancionables: ... “por haber infringido el artículo 3° del D.L. N° 211, al haber creado una barrera estratégica a la entrada de nuevos competidores, manteniendo artificialmente su posición dominante en el mercado, al ejercer un conjunto de peticiones y acciones con la inequívoca finalidad de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia en el mercado doméstico de la sal”.³²

Se cumple la condición de utilizar el poder de mercado con la finalidad de explotar o preservar una renta monopólica en un mercado determinado, por el hecho de haber creado una nueva barrera estratégica a la entrada de nuevos

³¹ Sentencia N° 47/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, 05 de diciembre del año 2006, página 50.

³² Sentencia N° 47/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, 05 de diciembre del año 2006, página 50.

competidores al mercado internacional de la sal a granel, dado que de esta manera asegura su posición dominante en el mercado internacional basada en su estructura de precios.

Finalmente dicho comportamiento reviste el carácter de antijurídico, dado que las peticiones y acciones interpuestas por SPL, en distintas sedes judiciales y administrativas, sólo tienen por finalidad el impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, dado que el resultado favorable de las acciones y peticiones presentadas daría lugar al origen de una serie de derechos incompatibles en su ejercicio, restando coherencia y utilidad a la interposición de tales acciones y peticiones administrativas.

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.

Situación que fue considerada en la sentencia en comento, al determinar el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en su considerando **Octogésimo quinto**: “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”.³³

Esta doble característica de derecho e infracción se encuentra dada por el carácter de incompatible, y en definitiva de inútil de las acciones interpuestas en caso de resultar vencedora en todas ellas, dado que SPL no podría haber aprovechado la declaración de nulidad de la adjudicación del puerto Patillos a favor de Cordillera, en caso de haber prosperado su propia solicitud administrativa de restricción de la autorización mediante la cual se ampliaban las actividades portuarias para el mismo puerto. Es así como es necesario concluir que “las acciones y peticiones –en principio legítimas– pueden ser constitutivas de infracciones que a este tribunal le corresponda inhibir y sancionar, cuando tengan por inequívoca finalidad impedir, restringir o entorpecer la libre competencia”.³⁴

³³ Sentencia N° 47/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, 05 de diciembre del año 2006, página 57.

³⁴ Sentencia N° 47/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, 05 de diciembre del año 2006, página 58.

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

En palabras del profesor 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”.³⁵

Como ya hemos establecido a lo largo de este artículo, en el caso de prosperar las acciones administrativas interpuestas por SPL, no le habrían sido útiles en su totalidad, salvo que su interposición no hubiera obedecido a la persecución de un derecho, sino que sólo de imponer distintas barreras a su competidor, de tal manera que de resultar vencedora en cualquiera de las acciones interpuestas significara a su competidor quedar excluido de los puertos aptos para el transporte de la sal a granel, finalidad que en opinión del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia resulta evidente en este caso, al señalar en su considerando **Octogésimo octavo**: 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”.³⁶

Por tanto, la evidente falta de utilidad para el demandante en las acciones judiciales y administrativas interpuestas surge como un elemento clarificador de la intencionalidad a la hora de reclamar determinados derechos desde el prisma de la normativa de la libre competencia, sirviendo como un cedazo para distinguir las solicitudes lícitas de las realizadas con propósitos antijurídicos.

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

La existencia de conductas contradictorias ha sido denunciada como ilícito civil por la doctrina comparada por medio de la doctrina de los actos propios, la cual “constituye una limitación o restricción al ejercicio de un derecho subjetivo, en cuanto impide hacer valer o hacer uso de un derecho que bajo otras circunstancias hubiere podido ejercerse”.³⁷

³⁵ Illanes Ríos, Claudio; *El abuso del derecho*, Il Curso de Actualización Jurídica “Teorías de derecho civil moderno”, Ediciones Universidad del Desarrollo, agosto 2005, página 81.

³⁶ Sentencia N° 47/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, 05 de diciembre del año 2006, página 57.

³⁷ Rodríguez Q., Ambrosio; *Teoría de los actos propios*, Il Curso de Actualización Jurídica “Teorías de derecho civil moderno”, Ediciones Universidad del Desarrollo, agosto 2005, página 63.

De tal manera que la elección de una determinada estrategia jurídica y de un bien económico protegido implica la renuncia inmediata del ejercicio de un derecho incompatible con dicha estrategia y bien. En la misma línea, “la práctica jurisprudencial dio origen a una doctrina que se denomina *estoppel*. Significa que una persona, por medio de una presunción de derecho, queda impedida de rebatir dentro del proceso aquellos hechos que son derivaciones inmediatas de sus declaraciones o actos”.³⁸

De esta manera se dota de coherencia al actuar jurídico, se evita la litigación por el mero placer de litigar, aun cuando de dicho ejercicio de mis derechos no surja un beneficio en mi favor, sino que sólo un malestar para quienes me rodean. Es importante el imponer como requisito dentro de los procesos judiciales la coherencia del solicitante, dado que al optar por derechos incompatibles, cada opción implica en sí misma una renuncia tácita del derecho contrario, y por tanto, es factible de consideración judicial.

Es así como podemos concluir que si una misma empresa ha ejercido acciones contradictorias e incompatibles entre sí, no puede defenderse mediante el legítimo ejercicio de un derecho, dado que no buscaría con su conducta la pretensión invocada en autos, sino que, en definitiva, lo que busca es impedir, restringir o entorpecer la libre competencia. Hecho que es plenamente coherente con el caso en comento, donde el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia determinó que “en el conjunto de acciones interpuestas, SPL mantuvo simultáneamente intereses contradictorios ante distintos tribunales, evidenciando con ello su real objetivo de emplear los respectivos procedimientos como una herramienta anticompetitiva. Así, si bien la segunda de sus acciones judiciales estaba destinada a adquirir puerto Patache y las concesiones marítimas asociadas a él, las otras dos parecen contradictorias respecto de este interés” (pp. 58-59), dado que “esas dos acciones eran un obstáculo a la pretensión invocada por SPL, la que habría tenido que desistirse de las mismas en caso de haber obtenido resultado favorable en aquella por la cual solicitaba que se le reconociera como ganadora de la licitación y legítima adquirente de puerto Patache y de las concesiones marítimas asociadas a dicho puerto”.

Es así como de acuerdo a la nueva jurisprudencia nacional en materia de libre competencia podemos concluir que el hostigamiento judicial es una práctica contraria a la libre competencia, cuando el ejercicio de acciones y solicitudes administrativas, en principio lícitas, corresponden al ejercicio de derechos incompatibles que tengan por finalidad retrasar la entrada al mercado de un

³⁸ Rodríguez Q., Ambrosio; *Teoría de los actos propios*, II Curso de Actualización Jurídica “Teorías de derecho civil moderno”, Ediciones Universidad del Desarrollo, agosto 2005, página 65.

nuevo competidor, o bien alterar su estructura de costos una vez que dicho competidor se ha incorporado en el mercado.

Asimismo, el ejercicio de derechos incompatibles se nos presenta como un indicador claro de que las intenciones del demandante no se encuentran en la línea de la defensa de un derecho, sino que en el perjuicio de un tercero, de acuerdo a la doctrina de los actos propios.