

EL DERECHO DE PETICIÓN
Y DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN
FRENTE A LA NORMATIVA
DE LIBRE COMPETENCIA
EN CHILE Y ESTADOS UNIDOS:
UNA LECTURA CONVERGENTE

COMPETITION LAW AND THE RIGHT
TO PETITION IN CHILE
AND THE UNITED STATES:
A CONVERGENT READING)

*Mario Ybar A.**
*Mauricio Garetto B.***

Resumen. En este artículo analizamos sumariamente de qué modo el derecho chileno y estadounidense delimitan el ejercicio del derecho de petición y de acceso a la jurisdicción en atención a consideraciones de libre competencia. Mientras que en Estados Unidos el problema ha sido resuelto exclusivamente por vía jurisprudencial, dando lugar a lo que hoy se conoce como ‘doctrina Noerr-Pennington’, una descripción del tratamiento de esta cuestión en el derecho chileno supone considerar tanto la solución legislativa contenida la Ley n.º 20169, que Regula la Competencia Desleal, como la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema, cuyo desarrollo antecede la precitada ley. Sin perjuicio de ciertas diferencias y de distintos énfasis en el tratamiento del problema en ambas jurisdicciones, argumentamos que los desarrollos de ambas tienden a converger.

* Abogado, Universidad de Chile. LL.M University College London. Counsel, Garrigues. Correo electrónico: mario.ybar@garrigues.com

** Abogado Universidad de Chile. LL.M London School of Economics. Estudiante de doctorado, Universidad de Oxford. Correo electrónico: mauricio.garettoboeri@law.ox.ac.uk

Secciones de este artículo toman como base parte de un informe en derecho realizado por Mario Ybar para la Asociación de Armadores de Transporte Marítimo, Fluvial, Lacustre y Turístico del Sur Austral A.G., en relación con el procedimiento rol n.º 377-2019 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

PALABRAS CLAVE: Derecho de la competencia, abuso de posición dominante, competencia desleal, abuso de derecho, derecho de petición.

ABSTRACT. In this article we analyze how the Chilean and US law delineates the right to petition in attention to considerations of competition law. While in the U.S. the issue has been decided exclusively by the jurisprudence –giving rise to what is known today as the ‘Noerr-Pennington doctrine’–, the regulation of the subject by the national law has been constructed based on a legislative provision (law 20.169 which regulates unfair competition) as well as the jurisprudence of both, the Competition Court and the Supreme Court. Nonetheless the existence of certain differences and dissimilar accents on the treatment of the subject in both jurisdictions, the article argues that the developments of both tend to converge.

KEYWORDS: competition law, abuse of dominance, unfair competition, abuse of process, right to petition.

I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO DE PETICIÓN Y EL DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN FRENTE A LA NORMATIVA DE LIBRE COMPETENCIA

De conformidad con el art. 19 n.º 14 de la Constitución Política de la República de Chile, la misma reconoce a todas las personas

el derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes.

Tradicionalmente, la doctrina nacional ha identificado en esta disposición la consagración del derecho de petición, a través del cual se garantiza la comunicación y el acceso directo de las personas a la autoridad para expresar sus problemas, planteamientos u observaciones, sin la existencia de barreras intermedias¹.

El contenido fundamental del derecho de petición es, desde una perspectiva temporal, doble. Por una parte, impide el establecimiento de prohibiciones u obstáculos (“barreras intermedias”) a la formulación de solicitudes u observaciones que pudieran efectuar los individuos a los poderes públicos; por otra, impide que se impongan sanciones o agravios a los particulares en

¹ A modo ejemplar véase NOGUEIRA (2008), pp. 90-91; EVANS (1986), p. 28 ss.

razón de haber formulado tales solicitudes o la manifestado determinadas observaciones a la autoridad. Lo anterior explica la afirmación –habitual en la literatura– en cuanto a que del ejercicio del derecho de petición “no puede derivar perjuicio alguno para el peticionario”, salvo que a su respecto este incurra en falta o delito².

Descrito de este modo general, resulta fácilmente concebible que el ejercicio del derecho de petición (y, en su caso, de acceso a la jurisdicción) pueda conflictuar en determinadas hipótesis con el bien jurídico protegido de competencia en los mercados o, de modo más preciso, con las normas de conducta de protección de la libre competencia establecidas en el art. 3° del decreto con fuerza de ley n.° 1 de 2004 del Ministerio de Economía, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley n.° 211 de 1973 (DL 211). Piénsese, por ejemplo, en las siguientes hipótesis:

- i) un grupo de empresas que se desempeñan en un mismo mercado despliega un exitoso *lobby* ante el Congreso Nacional para que apruebe una legislación que los exceptúa de la aplicación de las normas de libre competencia;
- (ii) el mismo grupo de incumbentes logra persuadir a un regulador sectorial de la adopción de regulaciones que dificultan la entrada de rivales al mercado o realiza solicitudes en sede administrativa que tienen un efecto comparable;
- iii) uno o más agentes de mercado interpone(n) acciones judiciales en contra determinados competidores a raíz de lo cual se ralentiza su desempeño competitivo.

Ninguna de estas conductas es inverosímil o siquiera difícil de imaginar como parte de la realidad cotidiana de varias jurisdicciones. Y, en tanto es plausible argüir –parafraseando el tenor del art. 3° DL 211– que tales conductas son aptas para impedir, restringir o entorpezca la libre competencia, o que, al menos, han tendido a producir dichos efectos, se plantea la pregunta acerca de si quienes resultan afectados por estas solicitudes de intervención de los poderes públicos pueden justificadamente accionar en sede de libre competencia en contra de quienes solicitaron dichas intervenciones. Se presenta, en otras palabras, el problema de delimitación del derecho de petición en atención a la normativa de protección de la competencia, debiendo identificarse los criterios que permiten distinguir conductas amparadas por dicha garantía constitucional de aquellas susceptibles de calificar como ilícito anticompetitivo.

En este artículo examinamos breve y sumariamente la respuesta dada a este problema en Estados Unidos y Chile. Expondremos cómo, sin perjui-

² NOGUEIRA (2008), p. 91. Véase, en el mismo sentido, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2003).

cio de ciertas diferencias, los desarrollos de cada jurisdicción presentan fuertes similitudes, permitiendo interpretar ambos en un sentido convergente. Según veremos enseguida, la solución estadounidense supone, por una parte, el reconocimiento de una exención general de aplicación de la normativa libre competencia para aquellas conductas realizadas al amparo del derecho de petición y, por otra, el reconocimiento de una excepción a dicha exención general que se configura en caso de ejercicio no genuino o ilegítimo [sham] de peticiones o acciones. En Chile, en tanto, la solución supone diferenciar el ámbito de ejercicio legítimo del derecho de petición (y acción) –en cuyo contexto no cabe una evaluación de los efectos de tal ejercicio para la libre competencia– del ejercicio manifiestamente abusivo de tales derechos –que, una vez acreditado, configurará un ilícito anticompetitivo si se demuestra que el mismo es apto para restringir o tender a restringir la competencia–.

Dos prevenciones son pertinentes a efectos de facilitar la exposición posterior. La primera es que en este trabajo haremos referencia al derecho de petición comprendido de un modo amplio, esto es, comprendiendo solicitudes de particulares dirigidas a cualquier órgano del Estado o poder público, incluidos aquellos que no forman parte de la administración (como es el caso, por ejemplo, de solicitudes dirigidas a los tribunales de justicia). La prevención se justifica por el hecho de que, en la literatura constitucional chilena, trabajos recientes tienden a distinguir el derecho de petición de la garantía de acceso a la jurisdicción a través de acciones y recursos, la que por lo común es denominada “derecho a la acción” o “derecho de acceso a la jurisdicción”, indicando que este último derivaría del art. 19 n.º 3 C. Pol. (en lugar del art. 19 n.º 14), entre otras disposiciones³. En tanto, la posición doctrinaria tradicional, tiende a considerar que el derecho a activar actividad jurisdiccional puede entenderse como expresión del derecho de petición⁴. La posición que se adopte a este respecto es irrelevante para los efectos de este trabajo. Según queda de manifiesto en el título de este artículo, el análisis que se realiza y las conclusiones que se sostienen son también aplicables respecto de la interposición de acciones ante tribunales de justicia aun si ellas no se entienden como expresión del derecho de petición, sino de otra garantía constitucional.

La segunda prevención es que se entenderá que tanto el ejercicio de recursos en especial regulados en la ley (u otras formas de petionar ante una autoridad que se encuentran especialmente reconocidas en la legislación) como la formulación de peticiones no reguladas o informales, son expresión del derecho de petición. Esta prevención se justifica por el hecho de

³ Véase, por ejemplo, BORDALÍ (2000), p. 718; NOGUEIRA (2008), p. 92.

⁴ Véase, por todos, COUTURE (1958).

que, en ocasiones, con la finalidad de enfatizar que el ejercicio del derecho de petición no requiere estar en una relación determinada con la autoridad o tener forma de legitimación activa alguna, algunos sectores de la doctrina han señalado que este tendría un carácter 'residual' y que el mismo no se confundiría, por ejemplo, con el ejercicio de recursos administrativos (los que están especialmente regulados en la ley y suponen una relación determinada entre el particular y la administración)⁵.

Ambas clarificaciones, como veremos, son importantes para comprender los razonamientos que subyacen a la jurisprudencia nacional y estadounidense, los cuales están guiados también por una concepción amplia del derecho de petición.

II. ESTADOS UNIDOS:

LA DOCTRINA NOERR-PENNINGTON

1. Aspectos generales

En Estados Unidos, el problema de delimitación del derecho de petición en relación con la normativa de libre competencia comenzó a desarrollarse por vía jurisprudencial hacia casi seis décadas en lo que hoy se conoce como la doctrina Noerr-Pennington. De conformidad con la misma, el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho de participar en el proceso democrático solicitando al Estado lo que se crea pertinente tiene primacía sobre los potenciales efectos que esta intervención pudiese tener en materia de competencia. Es en cierto sentido evidente –como observa Herbert Hovenkamp– que el proceso democrático “habitualmente produce resultados anticompetitivos”⁶ y que ello no es un motivo en sí mismo suficiente para establecer limitaciones basadas en consideraciones de competencia. De ahí que, desde la perspectiva (restringida) de esta última, Herbert Hovenkamp asevere expresivamente que lo anterior puede ser visto como una manifestación de “parte del precio que pagamos por la democracia”⁷.

Su importancia reside precisamente en la protección del derecho fundamental de los ciudadanos de incidir en el actuar de los diversos órganos del Estado y afectar el proceso de toma de decisiones de estos últimos, cualquiera sea su naturaleza. En efecto, la Corte Suprema de Estados Unidos ha

⁵ Así, NOGUEIRA (2008), p. 92.

⁶ HOVENKAMP (2016), p. 919.

⁷ *Op. cit.*, p. 932.

desarrollado esta doctrina fundamentalmente al alero de los principios de la Primera Enmienda de la constitución de dicho país, recordando que el derecho de petición es una de las libertades más valiosas que fueran protegidas por la Bill of Rights. Así lo ha reconocido también en la actualidad la Federal Trade Commission (FTC) en el contexto de sus lineamientos de fiscalización desarrollados para respetar el alcance de esta doctrina:

“Como ha explicado la Corte Suprema en una serie de casos que llegado ser conocidos colectivamente como doctrina Noerr-Pennington, los tribunales deben interpretar la Sherman Act de forma tal que se respete la capacidad de los órganos de gobierno [government] para adoptar, y el derecho de los ciudadanos de solicitar, acciones gubernamentales –incluso cuando la acción de gobierno limita o elimina la competencia. Basada en los principios de la Primera Enmienda y en aprensiones acerca del detrimento del proceso de toma de decisiones a nivel gubernamental, la protección otorgada por Noerr y las decisiones que lo siguieron promueven importantes objetivos en nuestra democracia. Como la Corte Suprema ha notado, el derecho de petición [right to petition government] se encuentra ‘entre las más preciosas libertades garantizadas por la Bill of Rights’”⁸.

Adicionalmente, tratándose de solicitudes a la autoridad realizadas por diversos agentes que se encuentran en una similar situación, ciertos pronunciamientos de la Corte estadounidense han considerado también el derecho de asociación entre grupos con intereses comunes para formular en conjunto sus peticiones o requerimientos ante los órganos del Estado competentes⁹.

Un elemento característico de ella es su aplicación respecto de todos los poderes del Estado [branches of government], esto es, administrativo, legislativo y judicial¹⁰, así como respecto de acciones de diversa naturaleza

⁸ FTC (2006) p. 3. La traducción es nuestra. La referencia final es a *United Mine Workers v. Illinois State Bar A*, 389 U.S. 217, 222 (1967).

⁹ En menor medida, también sobre la base del derecho de petición, otras decisiones han destacado la importancia de que los particulares puedan requerir de los órganos del Estado las acciones que estimen convenientes a efectos de resguardar el adecuado proceso de toma de decisiones de estos últimos [sobre el particular, véase FTC (2006), pp. 12-15]. La Corte ha razonado que, si tal derecho no fuera protegido, los poderes públicos no estarían en condiciones, en otros casos, de adoptar decisiones que remuevan obstáculos a la competencia

¹⁰ Como veremos enseguida, ello es bastante claro en la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense y así ha sido constatado repetidamente en la literatura. Véase, por ejemplo, *AMERICAN BAR ASSOCIATION* (2009) p. 70: “[...] the case law is clear that petitioning immunity applies to any branch of government [...]”. En el mismo sentido, *HOLMES* (2006), p.

ante los poderes públicos destinadas a que estos actúen de determinada manera (sea a través de solicitudes informales o no reguladas, como aquellas destinadas a persuadir a la autoridad de adoptar nuevos cursos de acción –*v. gr.* acciones de *lobby*–; sea mediante el ejercicio de derechos, recursos u otros mecanismos consagrados en el ámbito legal que determinan el resultado de una decisión de tales órganos). De este modo, Noerr-Pennington ha resultado plenamente aplicable también, entre otros, respecto de la interposición de acciones ante los tribunales de justicia (y, de hecho, este constituye un importante ámbito de aplicación de la doctrina) o respecto del ejercicio de derechos o la presentación de recursos ante la administración del Estado. Como anticipamos, su justificación por referencia al derecho de petición [right to petition] en la tradición estadounidense, se ha desarrollado bajo una comprensión amplia del mismo^{11, 12}.

2. *Contenido sustantivo de la doctrina* *Noerr-Pennington*

Esta doctrina se origina en dos decisiones dictadas a comienzos de la década de 1960 por la Corte Suprema de Estados Unidos –a partir de las cuales se deriva su nombre–. Pronunciamientos posteriores de la Corte han precisado y clarificado sus alcances. En lo que sigue, haremos referencia pormenorizada a las decisiones más relevantes.

i. *Eastern Railroad Conference v. Noerr Motor*¹³

La primera decisión que cabe referir recayó sobre una acción interpuesta por un grupo de empresas de camiones contra empresas de ferrocarriles, fundada en que estas últimas, mediante el uso de información falsa, habrían conseguido persuadir al Poder Ejecutivo de establecer medidas que les otorgaban una ventaja competitiva sobre otros medios de transporte. En este caso, la Corte Suprema desestimó la demanda, argumentando que el ejercicio del derecho de petición ante el legislador o el Ejecutivo para que adopte un curso de acción

812 §8:8: La doctrina Noerr-Pennington hace a las normas del derecho antitrust “inaplicable to individual or group action intended to influence legislative, executive, administrative, or judicial decision-making”.

¹¹ Véanse los párrafos finales del acápite precedente.

¹² En el caso estadounidense, dicha noción amplia del derecho de petición deriva de una comprensión amplia del concepto de autoridad, esto es, el poder público que puede actuar como receptor de las peticiones de los particulares.

¹³ *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight*, 365 US. 127, 81 S. Ct. 523 (1961).

particular no puede generar responsabilidad en sede de libre competencia. La sentencia estableció que la Sherman Act

“[...] no prohíbe a dos o más personas de asociarse conjuntamente en un intento de persuadir al legislador o al ejecutivo de adoptar acciones particulares con respecto a normas que producen una restricción o monopolio”¹⁴.

En el fallo, la Corte concluyó que existía una diferencia clara entre tales esfuerzos de asociación y las formas de asociación típicamente consideradas atentatorias contra el Sherman Act, las que se caracterizan por el hecho de que las partes, a través de acuerdos o entendimientos, sacrifican o ponen a disposición su libertad comercial [trade freedom] mediante mecanismos tales como fijación de precios, boicots o repartos de mercado.

Este razonamiento está en la base de la doctrina en análisis, toda vez que permite a la Corte diferenciar de forma cualitativa esfuerzos conjuntos amparados por el derecho de petición de aquellos acuerdos entre competidores propios de un ilícito contra la competencia:

“Aunque esas asociaciones [aquellas que buscan persuadir al legislador o al ejecutivo de adoptar acciones particulares con respecto a normas que producen una restricción o monopolio [supra]] podrían, tal vez, a través de un proceso de construcción expansiva, considerarse subsumibles bajo la prohibición general de ‘acuerdo(s) ...restrictivos del comercio’ [‘combination[s]... in restraint of trade’], ellas presentan ninguna o muy poca semejanza con aquellas asociaciones que normalmente se consideran atentatorias contra el Sherman Act, asociaciones que ordinariamente se caracterizan por un acuerdo expreso o tácito, o un entendimiento de que los participantes conjuntamente renuncian a su libertad comercial [trade freedom], o bien colaboraran mutuamente para despojar a otros de su libertad comercial [trade freedom], a través del uso de instrumentos tales como acuerdos fijación de precios, boicots, acuerdos de reparto de mercado, y otros arreglos semejantes [...]

Esta diferencia esencial entre un acuerdo conjunto que busca [que se dicte] legislación o se haga cumplir la ley [law enforcement] y los acuerdos tradicionalmente sancionados por el § 1 de la ley [Sherman Act], incluso si no se consideran por sí mismos concluyentes con respecto a la pregunta sobre aplicación de dicha ley, constituyen una advertencia a

¹⁴ *Op. cit.*, 136. La traducción es nuestra. El original es del siguiente tenor: “We think it equally clear that the Sherman Act does not prohibit two or more persons from associating together in an attempt to persuade the legislature or the executive to take particular action with respect to a law that would produce a restraint or a monopoly”.

tratar la conducta de los demandados como si ella fuese equivalente a una restricción al comercio de derecho común. Y creemos que la pregunta se resuelve de modo concluyente, en contra de la aplicación de dicha ley [Sherman Act], cuando esa falta de similitud esencial es considerada en conjunto con otras dificultades que se presentarían en caso de sostener que el Sherman Act prohíbe asociaciones con el propósito de influenciar la dictación o el cumplimiento [enforcement] de las leyes¹⁵.

La decisión también es relevante por el hecho de que la Corte estableció que aquellos actos incidentales que constituyen un esfuerzo genuino de influencia en la dictación y aplicación de normas por parte de la autoridad [legislation and law enforcement practices], están también cubiertos por la inmunidad que confiere la doctrina en análisis. Lo anterior, incluso, cuando de dichos esfuerzos pueda derivarse perjuicio para los intereses de las partes contra quienes los mismos se dirigen.

En efecto, la Corte desestimó en este contexto que la producción y difusión de una serie de circulares, discursos, artículos de diarios y memorándums en que se discutían ciertos cargos formulados por los empresarios de ferrocarriles en contra de los empresarios de camiones, constituyese una infracción al Sherman Act. En dichas publicaciones se hacía mención a que los camiones pesados dañaban las carreteras, infringían las normas jurídicas y creaban riesgos de tránsito, y se propugnaba, entre otros, que los mismos fuesen compelidos a respetar las leyes, forzados a pagar una justa porción de los costos de reparación de calzadas y que se les impusieran límites al peso que les era permitido transportar. La Corte razonó que era inevitable que ciertas acciones destinadas a tener efecto en la dictación o en la aplicación de las leyes por parte de la autoridad tuvieran costos para las contrapartes de quienes las impulsan y que ello –aun si la parte que acciona se había representado tales costos– no era una razón para considerarlas ilícitas¹⁶.

La Corte previno, no obstante, que podían existir otras situaciones en las cuales una campaña efectuada con publicidad, aparentemente dirigida a influir la acción gubernamental, pudiera constituir un sham destinado a encubrir una acción que no fuese otra cosa que un intento de interferir de forma directa en las relaciones de negocio de un competidor, en cuyo caso la aplicación de las normas del Sherman Act estaría justificada. Como veremos, este reconocimiento es importante, pues anticipa la excepción de sham litigation o sham petitioning que se delinearán en la jurisprudencia posterior.

¹⁵ Idem. La traducción es nuestra.

¹⁶ Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, 365 US. 127 (1961), 142-144.

La Corte no profundizó sobre el particular en *Noerr*, toda vez que descartó tempranamente que se diera una hipótesis de sham. Lo anterior, fundado en que los hechos daban cuenta de que los empresarios ferrocarrileros habían desplegado un ‘esfuerzo genuino’ por influir en la dictación de legislación y en las prácticas de fiscalización y aplicación de la ley desarrolladas por la autoridad (“a genuine effort to influence legislation and law enforcement practices”)¹⁷.

ii. *United Mine Workers v Pennington*¹⁸

Tiempo después, conociendo *United Mine Workers v Pennington*, la Corte Suprema amplió los razonamientos ofrecidos en *Noerr* señalando que los esfuerzos de persuasión desplegados ante el gobierno, incluso cuando este actúa en calidad de partícipe del mercado, también estaban exentos de la aplicación de las normas de competencia.

Pennington es relevante, en primer lugar, porque se reconoce con claridad que la exención ya reconocida en *Noerr* se extiende más allá del ámbito legislativo. En este caso particular un sindicato de trabajadores de carbón y un grupo de mineras de gran tamaño había buscado persuadir a la autoridad administrativa de que exigiera un salario mínimo más alto para aquellas compañías que pretendían abastecer de carbón a una agencia pública, medida que tenía el efecto de excluir otros oferentes.

En segundo lugar, *Pennington* es importante porque, coherentemente con el análisis seguido en *Noerr*, la Corte Suprema estableció que era irrelevante si las partes perseguían una determinada acción gubernamental cuyo efecto sería mermar el desempeño competitivo de sus rivales. Los esfuerzos conjuntos dirigidos a influenciar a la autoridad [public officials] –sentenció– no violan normas de competencia, aunque las medidas que se persiguen tengan el propósito de eliminar la competencia¹⁹.

iii. *California Motor Transport Co. v Trucking Unlimited*²⁰.

Luego, en *California Motor*, la Corte Suprema se pronunció en un caso en que se alegaba que un grupo de transportistas incumbentes en rutas interestatales habrían conspirado conjuntamente para la presentación de requere-

¹⁷ *Op. cit.*, 144.

¹⁸ *United Mine Workers v Pennington*, 381 US. 657, 85 S.Ct. 1585 (1965).

¹⁹ *Op. cit.*, p. 670. Como estableció la Corte “*Noerr* protege de la aplicación del Sherman Act a esfuerzos conjuntos de persuasión a los ‘oficiales públicos’, con prescindencia de su intención o propósito” [“*Noerr* shields from the Sherman Act a concerted effort to influence public officials regardless of intent or purpose”], *ibid.*

²⁰ *California Motor Transport Co. v Trucking Unlimited*, 404 U.S. 508, 92 S.Ct. 609 (1972).

rimientos y solicitudes ante a la autoridad administrativa, con el supuesto propósito de frustrar la adquisición de nuevos derechos de operación por parte de aquellos transportistas que operaban en el ámbito intraestatal. En este contexto, la Corte estableció de manera inequívoca que la jurisprudencia de Noerr-Pennington aplica al derecho de petición ejercido ante cualquiera de los poderes del Estado, incluido el derecho a presentar acciones judiciales o la presentación de reclamos ante las autoridades del Poder Ejecutivo. La sentencia estableció:

“Resultaría destructivo de los derechos de asociación y de petición sostener que grupos con intereses comunes no pueden, sin quebrantar las normas de libre competencia, usar los canales y procedimientos del Estado, las agencias federales y los tribunales para promover sus causas y puntos de vista con respecto a la resolución de sus negocios y sus intereses económicos frente a sus competidores”²¹.

California Motor también es relevante porque en esta decisión comenzó a esbozarse con mayor notoriedad la excepción para la inmunidad conferida por la doctrina Noerr-Pennington: sham petitioning. Como vimos, la Corte había anunciado previamente esta posibilidad en Noerr (supra) y la había reiterado de otro modo en Walker Process Equipment v Food Machinery & Chemical Corp²². Y, aunque en California Motor la Corte no desarrolla todavía criterios claros para determinar cuándo se configura la excepción de sham –el alcance de la excepción se fue delineando de manera progresiva, según veremos enseguida, en pronunciamientos posteriores–, la decisión avanza por la vía de identificar al menos un primer caso de sham: esfuerzos destinados a impedir a terceros el acceso efectivo a las agencias públicas y tribunales, lo que se opone directamente al fundamento de Noerr-Pennington (*i.e.* proteger esfuerzos de persuasión a los poderes públicos, sin importar su intención o propósito).

²¹ *Op. cit.*, 511. Traducción nuestra del original en inglés: “It would be destructive of rights of association and of petition to hold that groups with common interests may not, without violating the antitrust laws, use the channels and procedures of state and federal agencies and courts to advocate their causes and points of view respecting resolution of their business and economic interests vis-a-vis their competitors”.

²² En efecto, en Walker Process Equipment v Food Machinery & Chemical Corp, caso referido al ejercicio de acciones judiciales para proteger una patente obtenida fraudulentamente, la Corte Suprema había señalado también que el ejercicio de ciertas acciones judiciales no estaba exento de responsabilidad en sede de libre competencia, pero no había desarrollado todavía una regla sobre la materia para clarificar bajo qué condiciones podía acarrear responsabilidad.

iv. *City of Columbia v Omni Outdoor Advertising*²³

Columbia es un caso de particular importancia para el desarrollo de un criterio general que permita determinar cuándo se configura una excepción de sham. La Corte precisó que una petición podía caracterizarse como sham cuando la misma constituye un subterfugio tendiente a dañar rivales mediante las cargas que impone el proceso de petición en sí mismo, y no mediante la acción gubernamental solicitada²⁴.

El mismo fallo previene, no obstante, que, si existe intención de obtener la intervención estatal y una razonable probabilidad de obtenerla, la petición no podrá calificarse como sham, aunque el competidor resulte más afectado por el proceso de petición mismo que por la decisión gubernamental²⁵.

En efecto, desechando un alegato del demandante, la Corte Suprema previno que ciertos razonamientos formulados previamente en *California Motors* se habían hecho en un contexto determinado por procedimientos y acciones ejercicios sin causa probable y sin miramiento al mérito de los casos. La Corte advirtió que extender la aplicación de esos razonamientos a contextos en que el proceso regulatorio ha sido invocado de manera genuina [*genuinely*], convertiría al derecho de la competencia en un regulador del proceso político, que es lo que precisamente la jurisprudencia previa de la Corte Suprema sobre el particular había buscado deliberadamente evitar²⁶.

v. *Professional Real Estate Investors, Inc.*v. *Columbia Pictures Industries*²⁷

Por último, en *Professional Real Estate*, la Corte Suprema precisó que en la medida que exista un “esfuerzo de litigación objetivamente razonable” una acción judicial no podrá ser considerada como sham independiente de la intención subyacente de quien acciona²⁸. A este respecto, la Corte añadió que

²³ *City of Columbia v Omni Outdoor Advertising*, 499 U.S. 365, 381, 111 S.Ct. 1344, 1354 (1991).

²⁴ En palabras de la Corte: “But the purpose of delaying a competitor’s entry into the market does not render lobbying activity a “sham,” unless (as no evidence suggested was true here) the delay is sought to be achieved only by the lobbying process itself, and not by the governmental action that the lobbying seeks”. *City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising*, 499 U.S. 365 (1991), 381. Véase HOVENKAMP (2016), p. 930.

²⁵ Así lo explica Herbert Hovenkamp, con su claridad habitual. Véase HOVENKAMP (2016), p. 931.

²⁶ Véase *City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising*, 499 U.S. 365 (1991), pp. 381-382.

²⁷ *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.*, 508 U.S. 49 (1993).

²⁸ En efecto, el máximo tribunal estadounidense sostuvo: “[...] In *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited* [...], we elaborated on *Noerr* in two relevant respects. [...] We

una acción judicial exitosa constituye, por definición, un esfuerzo razonable de petición²⁹. En contraste –previno– los tribunales deben resistirse a la “entendible” tentación de concluir *post hoc*, sin justificación suficiente, que una acción que no resultó exitosa es por ello irracional o carente de justificación³⁰. Por el contrario, si la acción carece objetivamente de fundamento, deberá indagarse si aquella esconde la “intención de interferir directamente con el desempeño comercial de un competidor”³¹. Cumplidos ambos requisitos una acción judicial resultará susceptible de calificarse como sham, perdiendo así la inmunidad de cara a la libre competencia.

Profesional Real State reviste una importancia insoslayable, entre otros, porque la Corte Suprema, precisando la jurisprudencia precedente, formula un ‘test’ general de dos pasos para evaluar si una determinada forma de litigación califica como sham –y, de este modo, establecer una excepción a la “inmunidad” conferida por doctrina Noerr-Pennington–. De conformidad con este procedimiento –que, siendo Profesional Real State el fallo más reciente de entre los ya reseñados, permite en cierto modo resumir la aproximación que seguiría hoy la Corte Suprema estadounidense–, deben cumplirse dos condiciones (una objetiva y otra subjetiva), para que se configure una excepción de sham. En primer lugar, debe concluirse que la acción interpuesta carece objetivamente de sustento, en el sentido preciso en que ningún litigante razonable podría, bajo una perspectiva realista, esperar éxito sobre la base de su mérito³². En segundo lugar, debemos estimar

left unresolved the question presented by this case –whether litigation may be sham merely because a subjective expectation of success does not motivate the lawsuit. We now answer this question in negative and hold that an objectively reasonable effort to litigate cannot be a sham regardless of subjective intent”. Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc., 508 U.S. (1993), pp. 56-57.

²⁹ Véase *Op. cit.*, p. 58: “And we have explicitly observed that a successful ‘effort to influence governmental action ... certainly cannot be characterized as a sham’”. La referencia interna es a Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc., 486 U. S., 500. Véase también el extracto transcrito en la nota que sigue.

³⁰ *Op. cit.*, p. 60, n. 5: “A winning lawsuit is by definition a reasonable effort at petitioning for redress and therefore not a sham. On the other hand, when the antitrust defendant has lost the underlying litigation, a court must ‘resist the understandable temptation to engage in post hoc reasoning by concluding’ that an ultimately unsuccessful ‘action must have been unreasonable or without foundation’. [...] The court must remember that ‘[e]ven when the law or the facts appear questionable or unfavourable at the outset, a party may have an entirely reasonable ground for bringing suit’”.

³¹ Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, 508 U.S. 50, 113 S.Ct. 1922, citando a Noerr, 144.

³² *Op. cit.*, p. 60: “We now outline a two-part definition of “sham” litigation. / First, the lawsuit must be objectively baseless in the sense that no reasonable litigant could realistically

que la acción interpuesta constituye un esfuerzo de interferencia directa en los negocios de un competidor a través del uso, como herramienta anticompetitiva, de los procedimientos públicos en cuanto tales, por oposición al resultado de tales procedimientos. Este segundo aspecto debe evaluarse solo en caso de que el primer requisito (carencia de méritos en sentido objetivo) se satisfaga³³.

Como ha enfatizado la Corte, el efecto de probar ambos elementos se traduce en la inaplicabilidad de la inmunidad de la doctrina Noerr al caso, sin que por ese solo hecho se configure un ilícito para la competencia. En otras palabras, la demostración de que se configura la excepción de sham no libera al demandante de la carga de probar una infracción a la libre competencia³⁴.

III. CHILE: EL DERECHO DE PETICIÓN Y EL ABUSO DE DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TDLC Y LA CORTE SUPREMA

A diferencia de Estados Unidos –donde, como examinamos, las limitaciones que cabe imponer al ejercicio del derecho de petición ante la autoridad por consideraciones de libre competencia se han desarrollado principalmente por vía jurisprudencial–, Chile cuenta en la actualidad con legislación específica que sanciona el ejercicio abusivo de acciones judiciales. Lo anterior confirma el carácter no absoluto de los derechos a la acción (o de “acceso a la justicia”) y de petición. Según reiteradamente ha reconocido el Tribunal Constitucional, tal carácter no absoluto permite que en la legislación se establezcan,

expect success on the merits. If an objective litigant could conclude that the suit is reasonably calculated to elicit a favorable outcome, the suit is immunized under Noerr, and an antitrust claim premised on the sham exception must fail [...]”.

³³ *Op. cit.*, pp. 60-61: “Only if challenged litigation is objectively meritless may a court examine the litigant’s subjective motivation. Under this second part of our definition of sham, the court should focus on whether the baseless lawsuit conceals ‘an attempt to interfere directly with the business relationships of a competitor,’ Noerr, supra, at 144 [...], through the ‘use [of] the governmental process-as opposed to the outcome of that process-as an anticompetitive weapon’, Omni, 499 U. S., 380 [...]. This two-tiered process requires the plaintiff to disprove the challenged lawsuit’s legal viability before the court will entertain evidence of the suit’s economic viability”.

³⁴ *Op. cit.*, p. 61: “[...] Of course, even a plaintiff who defeats the defendant’s claim to Noerr immunity by demonstrating both the objective and the subjective components of a sham must still prove a substantive antitrust violation. Proof of a sham merely deprives the defendant of immunity; it does not relieve the plaintiff of the obligation to establish all other elements of his claim”.

entre otros, mecanismos destinados a desincentivar la litigación “infundada o puramente dilatoria”³⁵.

En la actualidad, el art. 4° letra g) de la Ley n.° 20169, que Regula la Competencia Desleal (“ley de competencia desleal”), establece que se considerará como acto de competencia desleal: “[...] g) El ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente del mercado”.

Como sabemos, la legislación también reconoce de forma explícita la posibilidad de que las prácticas de competencia desleal (de otro modo de competencia del juez civil) puedan, bajo ciertas circunstancias, operar como instrumento de afectación de la libre competencia, estableciendo que se considerarán como actos que impiden, restringen o entorpecen esta última, o que tienden a producir dichos efectos, cuando aquellas sean “realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante” (art. 3° del DL 211, letra c).

A raíz de lo anterior, el TDLC y subsecuentemente (como consecuencia de la interposición de recursos de reclamación) la Corte Suprema, han tenido ocasión de pronunciarse en una serie de casos acerca del ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales como ilícito anticompetitivo, dando lugar a una crecientemente robusta jurisprudencia sobre el particular³⁶. En estricto rigor, dicha jurisprudencia había comenzado a desarrollarse, incluso, antes de que fuese dictada la ley de competencia desleal, conociendo el TDLC de dichas acciones bajo del tipo genérico del inciso primero art. 3° del DL 211 o bajo imputaciones de abuso de posición dominante del demandante. De conformidad con esta jurisprudencia resulta claro que –más allá del tenor del art. 4° letra g) de la Ley n.° 20169, restringido a acciones judiciales– el ejercicio de acciones y solicitudes en sede administrativa se encuentra sujeto a los mismos criterios para determinar bajo qué circunstancias constituye uno manifiestamente abusivo y, subsecuentemente, podría llegar a configurar una infracción al art. 3° del DL 211³⁷.

³⁵ Véase, a modo ejemplar, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008), cons. 26. Véase también TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009b) y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009a). La jurisprudencia que reconoce la legitimidad de imponer limitaciones al ejercicio de este derecho es abundante.

³⁶ Véase TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2006a); TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2006b); TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2009a); TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2009b) y TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2012). Véase también el conjunto de pronunciamientos de la Corte Suprema recaídos sobre los recursos de reclamación interpuestos en contra de: CORTE SUPREMA (2007); CORTE SUPREMA (2009); CORTE SUPREMA (2009); CORTE SUPREMA (2011) y CORTE SUPREMA (2013).

³⁷ Como veremos enseguida, prácticamente todos los casos de los que ha conocido el H. Tribunal en este contexto corresponden al ejercicio manifiestamente abusivo de accio-

1. *Pronunciamientos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*

Cuatro elementos recurrentes en la jurisprudencia nacional merecen destacarse en especial, en tanto permiten comprender el marco analítico y los criterios específicos disponibles para calificar el ejercicio de acciones o derechos como manifiestamente abusivo. Examinaremos ellos a continuación.

- i. Tendencia al análisis global del conjunto de acciones ejercidas por el demandado; evaluación de razonabilidad de las acciones (no de su mérito sustantivo) y de la eventual persecución de una ‘finalidad desviada’

Desde temprano –incluso antes de la dictación de la ley de competencia desleal– el TDLC ha centrado su análisis en los efectos del conjunto de acciones interpuestas por el demandado, cuyos efectos suelen analizarse de manera global.

A lo anterior subyace una preocupación explícita por no sustituir ni reproducir el juicio de *mérito* (o de evaluación de fondo) de cada acción individual que corresponda hacer en la sede judicial o administrativa pertinente. Lo anterior, no obsta, sin embargo, de que a efectos de evaluar si se configura la hipótesis de ejercicio manifiestamente abusivo, el Tribunal puede evaluar su razonabilidad (sobre esto último, véase infra, iii).

Los razonamientos del TDLC en Recalcine/Novartis son particularmente ilustrativos a este respecto:

“Noveno. Que no corresponde a este Tribunal pronunciarse respecto del mérito individual de cada una de las acciones interpuestas por Novartis, ya descritas, o de las medidas precautorias dictadas en cada uno de dichos procesos, por ser de incumbencia de cada sede administrativa y/o judicial ante las que se encuentran radicados. [...]

Décimo. [...] Que lo anterior no inhibe a este Tribunal para pronunciarse respecto del conjunto de acciones interpuestas, analizadas en forma global, como una estrategia procesal, en cuanto a sus posibles efectos

nes administrativas y judiciales (a diferencia del caso estadounidense, no se han planteado pronunciamientos sobre otra clase de solicitudes a los poderes públicos como, por ejemplo, modificaciones de regulaciones administrativas). La única excepción a lo anterior la constituye la sentencia 35/2005, de 27 de diciembre de 2005, que, en su considerando undécimo y en el considerando quinto del voto de minoría, se refiere al derecho para proponer a las autoridades modificaciones legales o reglamentarias. Ambos considerandos dan a entender claramente que dicha actividad se encuentra amparada por el derecho de petición, de manera que no puede vulnerar la normativa de libre competencia.

respecto de la libre competencia. Esto es, si las acciones, constituyen una herramienta usada con el objetivo de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, fines desviados de los que naturalmente les corresponde dentro del ordenamiento jurídico”³⁸.

Como observamos, tal enfoque tendiente al análisis global del conjunto de acciones interpuestas por el demandado parece justificarse también por la posibilidad de que a través del conjunto se busque materializar una estrategia procesal mayor, a la que subyazca la utilización de diversas acciones para cumplir una finalidad desviada de la que naturalmente les corresponde en el ordenamiento jurídico.

Más tarde, el Tribunal ha hecho explícito que para que pueda configurarse la hipótesis de competencia desleal consistente en abuso de acciones judiciales –y, subsecuentemente, sancionarse un ilícito anticompetitivo conforme a lo dispuesto en el art. 3° letra c) del DL 211–, es imprescindible que se ejerzan varias acciones:

“[...] Que, en todo caso, tampoco es procedente considerar que la acción ejercida en autos sea constitutiva de un ilícito anticompetitivo, por un lado, porque para que se pueda configurar la hipótesis de competencia desleal de abuso de acciones judiciales, es preciso que se ejerzan en forma manifiestamente abusiva varias acciones, tal como se desprende inequívocamente de lo dispuesto en el literal g) del artículo 4° de la Ley N° 20.169 que Regula la Competencia Desleal, y que esto impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, según lo dispone el artículo 3° del DL N° 211”³⁹.

ii. Finalidad inequívoca de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia

En segundo lugar, la jurisprudencia del TDLC reiterada y consistentemente ha expresado que para considerar abusivo e ilícito el ejercicio de solicitudes o acciones en sede judicial o administrativa, es necesario que el mismo tenga por “objetivo exclusivo” o por “finalidad inequívoca” impedir, restringir o entorpecer la competencia. La primera sentencia referida a esta materia (sen-

³⁸ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2006a). Véase también el considerando octogésimo séptimo de la sentencia 47/2006, ya citada: “Octogésimo séptimo: Que, en cuanto al conjunto de acciones y medidas precautorias singularizadas en el considerando trigésimo Segundo [...]. En el marco de esas acciones, respecto de cuyo mérito individual no corresponde pronunciarse a este Tribunal, SPL solicitó y obtuvo las medidas precautorias [...]”.

³⁹ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2009a), c. sexagésimo primero.

tencia 46/2006, dictada en Recalcine/Novartis) utiliza la expresión “objetivo exclusivo”⁴⁰. Decisiones posteriores, en tanto, han utilizado reiteradamente la expresión “finalidad inequívoca”⁴¹. La decisión del Tribunal en Telmex/CTC es un buen ejemplo sobre el particular:

“[...] para determinar si la interposición de diversas acciones o recursos configuran un atentado a la libre competencia, es preciso dilucidar, entre otras cosas, si las mismas tuvieron por finalidad inequívoca impedir, restringir o entorpecer la entrada de competidores al mercado, y si dichas acciones no tenían una utilidad distinta a la de impedir la entrada de competidores al mercado”⁴².

En este contexto, de forma consistente con algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Estados Unidos que hemos aludido, el Tribunal ha hecho presente con claridad que para que se configure el requisito de objeto exclusivo o finalidad inequívoca no es suficiente que el ejercicio de las acciones interpuestas haya tenido un efecto negativo en la competencia (como, por ejemplo, dilatar la entrada de un competidor). La sentencia dictada en Recalcine/Novartis es tal vez la más clara este respecto:

“Que, en conclusión, este H. Tribunal estima que existió una duda razonable respecto de la real composición de la sustancia importada por Recalcine, al menos hasta el segundo informe del Laboratorio de Química de la Universidad de Chile, por lo que no es posible inferir que las acciones administrativas y judiciales interpuestas por Novartis

⁴⁰ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2006a). Véase el considerando vigésimo sexto de la sentencia (que reproducimos más adelante).

⁴¹ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2006b): “Que, por lo tanto, 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”. En el mismo sentido, TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2009b), considerando undécimo: “[...] para determinar si la interposición de diversas acciones o recursos configuran un atentado a la libre competencia, es preciso dilucidar, entre otras cosas, si las mismas tuvieron por finalidad inequívoca impedir, restringir o entorpecer la entrada de competidores al mercado, y si dichas acciones no tenían una utilidad distinta a la de impedir la entrada de competidores al mercado”. El mismo criterio es reiterado nuevamente en TDLC, sentencia 125/2012, cons. vigésimo segundo.

⁴² TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2009b), considerando undécimo. En el mismo sentido, TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2006b), considerando octogésimo sexto: “Que, por lo tanto, 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”. El mismo criterio se reitera posteriormente en TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2012), considerando vigésimo segundo.

en contra de Recalcine hayan tenido por *objeto exclusivo* impedir o retardar el ingreso de un competidor, *a pesar de haber tenido ese efecto*, y en consecuencia no pueden ser calificadas como contrarias a la libre competencia”⁴³.

iii. Razonabilidad de las acciones ejercidas por el demandado

En tercer lugar, el Tribunal ha considerado –lo que varía según las características particulares de los casos que le ha correspondido examinar–, elementos indicativos de la razonabilidad (objetiva) de las acciones ejercidas por el demandado para hacer valer sus legítimos intereses, atendidas las circunstancias. Así, por ejemplo, el Tribunal evaluó en Recalcine/Novartis si la interposición de determinadas acciones por el demandado

“constituyó una conducta que atenta contra la libre competencia, con el objeto de bloquear o retrasar la entrada de un competidor o, por el contrario, si fue una vía razonable para defender la exclusividad derivada de su patente de invención”⁴⁴.

En tal oportunidad el TDLC concluyó lo segundo, toda vez que verificó que había existido una duda razonable del demandado con respecto a la composición del producto importado por sus competidores, lo que justificaba la interposición de acciones destinadas a proteger sus derechos como titular de una patente de invención⁴⁵.

De modo similar, el Tribunal ha considerado como factor relevante para desechar demandas interpuestas por ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales o administrativas, el hecho de que las acciones ejercidas por los demandados (o las presentaciones efectuadas por estos ante la autoridad) se apoyasen en “a lo menos, argumentos medianamente atendibles que justifica[sen] su interposición”⁴⁶. De modo análogo, otras decisio-

⁴³ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2006a), considerando vigésimo sexto (énfasis agregado).

⁴⁴ *Op. cit.*, considerando undécimo.

⁴⁵ *Op. cit.*, considerando vigésimo.

⁴⁶ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2009b), c. décimo sexto. En forma coherente con la jurisprudencia ya examinada, que expresa que no cabe al TDLC reproducir el juicio de mérito sobre el ejercicio de cada acción que quepa hacer al tribunal o autoridad competente, el Tribunal distingue claramente los alcances de este criterio de razonabilidad del posible éxito de la acción interpuesta, señalando aquí que, aunque los argumentos jurídicos esgrimidos para la presentación de un determinado recurso podían resultar “discutibles”, quien lo ejerció tenía, en definitiva, “motivo plausible para litigar”, considerando decimoséptimo-decimoctavo.

nes han apuntado a si las acciones ejercidas por el demandado exhiben “un grado de razonabilidad que descarta[se] la posibilidad de entender que ella tenía como único objeto o finalidad la de entorpecer la libre competencia”⁴⁷.

iv. Posición subjetiva del demandado con respecto
a las acciones que ha ejercido

De modo menos frecuente, el TDLC ha considerado algunos elementos que dan cuenta de la posición subjetiva del demandado en el ejercicio de tales acciones, a lo menos desde la perspectiva de su coherencia. Conviene enfatizar en este punto que –en forma consistente con la jurisprudencia estadounidense– el Tribunal se ha abstenido de considerar que la mera representación, por parte del demandado peticionario, de que el ejercicio de su(s) acciones o solicitudes impondrá costos a un rival es insuficiente para estimar que ha actuado de manera ilícita (*supra*, caso Noerr) o, análogamente, de que el propósito de las medidas que se busca que la autoridad adopte sea, en último término, anticompetitivo (*supra*, Pennington). Antes bien, el Tribunal ha evaluado la posición subjetiva del demandado siempre junto con antecedentes adicionales para evaluar si se configura un ejercicio abusivo. Más aún ha evaluado la posición subjetiva del demandado a través de elementos no enteramente disociados de la razonabilidad objetiva de su posición.

Así, por ejemplo, el Tribunal ha manifestado que la mantención simultánea de intereses contradictorios en el contexto de acciones ejercidas ante distintos tribunales es un elemento que permite evidenciar un “real objetivo de emplear los procedimientos como herramienta anticompetitiva”⁴⁸. En junto con otros elementos, el Tribunal también ha considerado la falta de utilidad que reviste para el demandado la interposición de determinadas acciones (distinta que la de restringir la libre competencia mediante la creación de barreras artificiales a la entrada) como elemento relevante^{49, 50}.

⁴⁷ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2012), c. cuadragésimo octavo.

⁴⁸ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2006b), considerando nonagésimo: “[...] 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”.

⁴⁹ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2006b), considerando octogésimo octavo.

⁵⁰ Adicionalmente a los aspectos recién discutidos, el TDLC también ha reconocido que, a efectos de que se configure un ilícito contra la competencia, el ejercicio de acciones por parte del demandado debe ser objetivamente apto para producir el resultado lesivo para la competencia que se imputa. De este modo, ha descartado que puedan calificarse como anticompetitivas peticiones que no son aptas para producir tal resultado, ya por su contenido específico o naturaleza. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2009a), c. sexagésimo, ya por no haber sido admitidas a tramitación por el órgano competente y, en consecuencia, no

2. Pronunciamientos de la Corte Suprema

La Excma. Corte Suprema de manera sistemática ha confirmado las sentencias del TDLC previamente citadas cuando le ha correspondido pronunciarse sobre el particular, aceptando así los criterios antes descritos. En efecto, la Corte solo ha acogido recursos de reclamación en este contexto en el sentido de liberar del pago de las costas a demandantes cuyas demandas han sido rechazadas por el TDLC.

Sin perjuicio de lo anterior, en algunos de los últimos casos en los que tuvo ocasión de pronunciarse sobre la materia, la Excma. Corte se refirió más de manera extendida sobre el concepto de abuso de derecho, recogiendo algunos de los criterios desarrollados por el TDLC y definiendo la figura –para estos efectos– de modo bastante análogo al modo en que la jurisprudencia estadounidense ha abordado el fenómeno de sham litigation. En efecto, la Corte Suprema parece la concurrencia de elementos objetivos (carencia de razón manifiesta) y subjetivos (desvío de finalidad y acción temeraria o de mala fe). En *Telmex/CTC*, razonó:

“Que, entonces, atendido el inequívoco carácter de concepto jurídico indeterminado de abuso del proceso -el que ni siquiera está recogido en el derecho positivo y que se ha entendido comprendido en el ilícito en estudio-, sus extremos habrán de establecerse con criterios aceptados por éste tribunal. Se trata de la formación de *un proceso jurisdiccional infundado, en el que la carencia de razón es manifiesta –esto es fácilmente predicable–, cuya existencia sólo puede explicarse porque constituye un medio a los efectos de generar algún tipo de ventaja indebida. Se ejerce el derecho de acción, pero no se tiene la finalidad de obtener su contenido pretensional expreso, sino únicamente alguna posición de otra manera inalcanzable*”⁵¹.

Posteriormente, de modo análogo, en el contexto de *Recalcine/Roche-Chile*, la Corte concluyó:

“[...] no es posible determinar que haya existido un ejercicio abusivo de actuaciones administrativas, puesto que *no se comprobó que el demandado hubiese obrado maliciosa o temerariamente o de mala fe*. Por el contrario,

haber podido generar el efecto perjudicial para la competencia que se les atribuye. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2012), considerando cuadragésimo noveno.

⁵¹ CORTE SUPREMA (2009), considerando vigésimo quinto (énfasis agregado). La sentencia fue dictada en el contexto de impugnación en TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2009b)

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 con principio activo Rituximab⁵².

IV. HACIA UNA LECTURA CONVERGENTE DE AMBOS SISTEMAS

Como consecuencia de la existencia de legislación especial sobre el particular y de la conceptualización, en nuestra tradición jurídica, de los límites al ejercicio de los derechos de petición y de acción como hipótesis de abuso de derecho, los pronunciamientos del TDLC y la Corte Suprema que hemos referido en este artículo evidentemente no utilizan la nomenclatura de ‘exención’ o ‘inmunidad’ empleada de costumbre en los pronunciamientos relativos a la doctrina Noerr-Pennington en el caso estadounidense.

No obstante, resulta igualmente claro a partir de esos fallos que, encontrándonos dentro del ámbito del legítimo ejercicio de los derechos de petición y de acción, los resultados pretendidos a través de tal ejercicio no pueden encontrarse sujetos a una evaluación acerca de sus efectos (beneficiosos o perjudiciales) para la libre competencia. En contraste, acreditado mediante la satisfacción de los requisitos referidos en este artículo, que el ejercicio de tales derechos ha sido, por lo visto, abusivo, la conducta resultará plenamente escrutable –y constituirá, de hecho, una infracción a las normas del DL 211 cuando se acredite de forma adicional que la misma ha restringido o tendido a restringir la competencia por la vía de permitir a su ejecutor alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante⁵³.

⁵² CORTE SUPREMA (2013), considerando vigésimo primero (énfasis agregado). La sentencia fue dictada en el contexto de la impugnación TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2012).

⁵³ La sentencia 47/2006???, 5 de diciembre de 2006, dictada en Cordillera/Punta de Lobos (ya citada)??? es especial ilustrativa a este respecto: “Octogésimo tercero: Que, sin perjuicio de lo anterior, es necesario determinar si las solicitudes y acciones de SPL estarían amparadas por sus derechos de petición y acción, respectivamente, o constituyen, en cambio, conductas que infringen la libre competencia. [...] 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 a los derechos de otras personas y al orden

Lo anterior, de modo comparable a lo observado en el derecho estadounidense, donde la regla general es la exención de aplicación de las normas del Sherman Act frente a solicitudes o esfuerzos de persuasión de cualquier naturaleza los poderes públicos (doctrina Noerr-Pennington), existiendo un límite a dicha regla dado por la excepción de sham litigation / sham petitioning.

Según da cuenta el conjunto de fallos analizados en cada jurisdicción, es posible evidenciar también un importante grado de convergencia en los criterios bajo los cuales ha ido progresivamente delimitando el derecho de petición (y de acción). Ambas jurisdicciones reconocen, en primer lugar, la insuficiencia de la posición subjetiva del demandado con respecto al contenido de su petición para determinar si nos encontramos fuera del ámbito de ejercicio legítimo del derecho de petición. En el caso de Estados Unidos esa insuficiencia fue articulada de forma explícita en la *ratio decidendi* de Pennington, donde se constató que las medidas que el demandado perseguía que la autoridad adoptase tenían un propósito exclusorio, pero que su actuar estaba amparado por el derecho de petición. En forma consistente, el TDLC y la Corte Suprema no han descansado solo en el contenido de las medidas de autoridad perseguidas por el demandado acusado de ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales o administrativas, como tampoco en las representaciones del demandado acerca de ese contenido respecto de su potencial afecto en agentes rivales. En este sentido específico, la insuficiencia de la posición subjetiva del demandado es, hasta cierto punto evidente: reconocido que el ejercicio de ciertos derechos conferidos por el ordenamiento jurídico puede tener un efecto perjudicial para la competencia, la mera representación de quien los ejerce de que ese efecto puede llegar a producirse no puede ser tenida como decisiva. De ahí también que la Corte Suprema estadounidense haya enfatizado en *Professional Real State* que el elemento subjetivo de la prueba de dos pasos establecida en el mismo fallo debe centrarse, ante todo, en la pretensión de uso como, herramienta anticompetitiva, de los procedimientos públicos en cuanto tales, por oposición al resultado de tales procedimientos –es decir, por oposición a los efectos de la decisión o acción de la autoridad pretendida por el peticionario–.

El modo en que TDLC y la Corte Suprema han procedido es, como vimos, consistente con este enfoque. Explícitamente, en el marco de la doctrina tradicional sobre abuso de derecho, la Corte ha hecho alusión al desvío de finalidad, esto es, a la persecución de objetivos que divergen del contenido pretensional expreso de las acciones ejercidas por el demandado. Una

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”.

preocupación consistente se evidencia la jurisprudencia del TDLC bajo el criterio de “finalidad inequívoca” y bajo el análisis de la eventual persecución de una “finalidad desviada” a través del ejercicio conjunto de varias acciones (como la imposición de costos procesales a un rival, sin interés real en el contenido de las peticiones interpuestas a la autoridad). De ahí que el TDLC haya estimado en forma categórica, entre otros, que la mantención simultánea de intereses contradictorios es muestra de un “real objetivo de emplear los procedimientos públicos como herramienta anticompetitiva”.

Por otra parte, el análisis de elementos objetivos en ambas jurisdicciones también evidencia muestras de convergencia. Tanto en Estados Unidos como en Chile la jurisprudencia revela manifiesto cuidado por no reproducir el juicio de mérito que, en definitiva, quepa realizar sobre una determinada acción o solicitud de actuación a la autoridad estatal competente para resolverla. Tal preocupación, sin embargo, no es razón para clausurar el análisis en sede de competencia, toda vez que es claro también –como ambas jurisdicciones reconocen– que la interposición de acciones o la formulación de peticiones carentes de sustento suficiente puede ser utilizado como herramienta anticompetitiva. Lo anterior explica que, a este respecto, ambas jurisdicciones descansen explícitamente en un análisis de razonabilidad de las acciones o solicitudes deducidas por el demandado –análisis que, por definición, no de identifica con el éxito de las mismas–.

V. CONCLUSIONES

El ejercicio del derecho de petición ante los poderes del Estado (y, en su caso, de acceso a la jurisdicción), garantizado en la Constitución Política de la República, puede resultar apto para impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o, al menos, para tender a producir dichos efectos. Existe consenso doctrinario y jurisprudencial en cuanto a que el hecho de que se produzcan en un determinado caso resultados perjudiciales para la competencia a consecuencia del ejercicio del derecho de petición no es por sí mismo un motivo suficiente para establecer limitaciones (basadas en consideraciones de competencia) en ese caso particular. A un nivel más general, la eventual lesión o puesta en riesgo del bien jurídico libre competencia no es sino una más de las posibilidades asociadas al derecho de participar en el proceso democrático haciendo oír nuestra voz ante el Estado.

Lo anterior en ningún modo confiere a los particulares carta blanca para atentar contra la libre competencia. Por el contrario, tanto la jurisprudencia estadounidense como chilena han desarrollado progresivamente criterios que delimitan el derecho de petición, especificando las circunstancias

bajo las cuales el ejercicio del mismo puede distinguirse de ilícitos contra la competencia cometidos por su titular.

Según señalamos la aproximación estadounidense supone, por una parte, el reconocimiento de una exención general de aplicación de la normativa libre competencia para aquellas conductas realizadas al amparo del derecho de petición y, por otra, el reconocimiento de una excepción a dicha exención general que se configura en caso de ejercicio no genuino o ilegítimo [sham] de peticiones o acciones. En Chile, en tanto, la solución supone diferenciar el ámbito de ejercicio legítimo del derecho de petición (y acción) –en cuyo contexto no cabe una evaluación de los efectos de tal ejercicio para la libre competencia– del ejercicio, por lo visto, abusivo de tales derechos –que, una vez acreditado, configurará un ilícito anticompetitivo si se demuestra que el mismo es apto para restringir o tender a restringir la competencia–.

A pesar de ciertas diferencias y de variados matices, lo cierto es que los desarrollos de cada jurisdicción presentan fuertes similitudes, permitiendo interpretar ambos en un sentido convergente. Esta convergencia se demuestra no solo en la estructura de aproximación general al problema recién referida, sino, también, en el hecho de que ambas jurisdicciones descansan en la evaluación conjunta de elementos objetivos y subjetivos relativos al actuar del peticionario o accionante demandado (y las acciones o solicitudes que ha ejercido) para determinar si acaso el mismo no está amparado por el derecho de petición. Más aún, en ambos casos se considera que elementos objetivos y subjetivos constituyen requisitos copulativos para dar por configurado un caso de ejercicio manifiestamente abusivo acciones –o un caso petición o litigación sham–. Más aún, ambas jurisdicciones muestran preocupaciones subyacentes similares en el modo en que ambos elementos son analizados.

BIBLIOGRAFÍA

- AMERICAN BAR ASSOCIATION (2009). “The Noerr-Pennington doctrine”, *Monograph* 25.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2003). *El derecho de petición en la constitución de 1980 y en la legislación de España, Estados Unidos y Francia*. DEPESEX/BCN/Serie Estudios, año XIII, n.º 273.
- BORDALÍ, Andrés (2000). “El derecho fundamental de acción: un intento de configuración en el orden constitucional chileno”, en *RDJ Doctrina*, tomo XCVII, n.º 3, Santiago.
- COUTURE, Eduardo (1958). *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., Buenos Aires: Depalma.
- EVANS, Enrique (1986). *Los derechos constitucionales*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo I.

- FEDERAL TRADE COMMISSION –FTC– (2006). “Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine”. Staff Report.
- HOLMES, William (2006). *Antitrust Law Handbook*, West Academic.
- HOVENKAMP, Herbert (2016). *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, 5th ed., West Academic.
- NOGUEIRA, Humberto (2008). “El derecho constitucional de petición y su insuficiente regulación legislativa”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 15, núm. 2

Normas

- Constitución Política de la República.
- Ley n.º 20169 (2007), que Regula la Competencia Desleal.
- Decreto con fuerza de ley n.º 1 de 20014 del Ministerio de Economía, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley n.º 211 de 1973.
- Sherman Act (1890)

Jurisprudencia

- Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc., 486 U.S. (1988)
- California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited, 404 U.S. 508, 92 S.Ct. 609 (1972).
- City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising, 499 U.S. 365 (1991).
- CORTE SUPREMA (2007) Rol 6667-2006, sentencia 46/2006.
- CORTE SUPREMA (2009). Rol 1470-2009, sentencia 80/2009.
- CORTE SUPREMA (2009). Rol 1966-2009, sentencia 83/2009.
- CORTE SUPREMA (2011). Rol 7781-2010, sentencia 104/2010.
- CORTE SUPREMA (2013). Rol 8243-2012, sentencia 125/2012.
- Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, 365 US. 127, 81 S. Ct. 523 (1961).
- Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc., 508 U.S. 49 (1993).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008). Rol n.º 1046-08, 22 de julio de 2008.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009a). Rol 1253-08, 27 de enero de 2009.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009b). Rol 1279-08, 2 de abril de 2009.
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2006a). Rol C-78-05, sentencia 46/2006, “Recalcine/Novartis”.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2006b). Rol C-13-04, sentencia 47/2006, "Cordillera/Punta de Lobos".

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2009a). Rol C-97-06, sentencia 80/2009, "Reebok/Reebok International".

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2009b). Rol C-155-08, sentencia 83/2009, "Telmex/CTC".

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2012). Rol C-229-11, sentencia 125/2012, "Recalcine/Roche Chile".

United Mine Workers v Pennington, 381 US. 657, 85 S.Ct. 1585 (1965).

United Mine Workers v. Illinois State Bar A, 389 U.S. 217, 222 (1967).