



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado

**LA INTENCIONALIDAD EN EL CONCEPTO DE ABUSO EN EL
DERECHO PRIVADO Y EN LIBRE COMPETENCIA**

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas
y Sociales

Catalina Ortiz Justiniano

Profesor guía: Nicolás Rojas Covarrubias

Santiago de Chile

2015

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN	5
INTRODUCCIÓN	7
CAPITULO 1. DERECHOS SUBJETIVOS.....	10
1.1. Evolución histórica.	11
1.1.1. Doctrina absolutista de los derechos subjetivos.....	12
1.1.2. Doctrina relativista de los derechos subjetivos.	14
1.2. Derecho de propiedad.	16
1.2.1. Derecho de propiedad y sus limitaciones.....	17
1.2.2. Protección constitucional de la propiedad.....	20
1.2.3. Protección legal de la propiedad.	23
1.3. Derechos subjetivos y libertad.	25
1.3.1. La dimensión social e individual del hombre.	25
1.3.2. Libertades particulares.	27
1.4. Delimitación de los derechos subjetivos.	29
1.4.1. Contenido y límites.	29
1.4.2. Función social.	32
CAPITULO 2. ABUSO DEL DERECHO.	34
2.1. Evolución doctrinal de la teoría del abuso del derecho.....	35
2.1.1. Doctrina del móvil ilegítimo.	36
2.1.2. Doctrina del abuso como otra fuente más de responsabilidad.	38
2.1.3. Doctrina de la desviación de la norma.	40
2.1.4. El estado actual de la discusión sobre el concepto de abuso en el derecho civil.	42
2.2. Derechos no susceptibles de abuso.	45
2.3. Rol de la intencionalidad.....	47
2.4. Relevancia del elemento intencional.....	48
2.4.1. Aplicación del elemento intencional.....	50
2.4.2. ¿Cómo se materializa el elemento volitivo?	54

2.5.	Relación entre la noción de abuso el dolo y la culpa.	57
2.5.1.	Dolo.....	57
2.5.2.	Culpa.....	61
2.6.	Cómo determinar la existencia del abuso de derecho.	64
2.6.1.	Buena fe y abuso de derecho.....	65
2.6.2.	Criterios para establecer la existencia del abuso de derecho.	69
2.7.	Paralelo entre el fraude y el abuso de derecho.	71
2.8.	Conducta tolerada por el legislador.	75
2.8.1.	Conducta tolerada en materia civil.....	75
2.8.2.	La conducta tolerada depende del tipo de relación.	77
2.9.	Abuso en otras ramas del derecho.....	81
2.9.1.	Derecho del consumidor.	81
2.9.2.	Derecho de Aguas.	86
CAPITULO 3. NOCIÓN DE ABUSO EN LIBRE COMPETENCIA.		90
3.1.	Derecho de la libre competencia.....	90
3.1.1.	Finalidad de la regulación en materia de libre competencia.	92
3.1.2.	Legislación nacional en materia de libre competencia.....	94
3.1.2.1.	Orígenes de la legislación antimonopólica.	95
3.1.2.2.	Institucionalidad antimonopólica actual.	98
3.2.	Abuso de posición dominante en la Unión Europea.	101
3.2.1.	La libre competencia en la Unión Europea.	102
3.2.2.	Artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.	105
3.2.2.1.	Antecedentes del ilícito de abuso de posición dominante.....	105
3.2.2.2.	Noción actual de la noción de abuso.....	108
3.3.	El abuso de posición dominante en Chile.	113
3.3.1.	Artículo 3° letra b DL 211.	114
3.3.2.	Importancia de la posición de dominante.....	117
3.3.3.	¿Es asimilable la noción de abuso en libre competencia con la del abuso de derecho?	
	120	
3.3.3.1.	Noción de abuso.....	120

3.3.3.2.	Naturaleza de las relaciones.....	124
3.3.3.3.	Elemento volitivo del abuso de posición dominante.....	128
CAPITULO 4. OBJETIVIZACIÓN DEL ABUSO.....		132
4.1.	Objetivización de la noción de abuso en materia Civil.....	132
4.1.1.	Único propósito de dañar a otro y la ausencia de beneficio para el titular.	133
4.1.2.	Falta de interés serio.	135
4.1.3.	Desproporción entre el beneficio y el perjuicio causado.	137
4.1.4.	Objetivización de la noción de abuso a través de criterios como la buena fe y las buenas costumbres.	139
4.2.	Objetivización en materia de libre competencia.	140
4.2.1.	Tendencia a la objetivización del abuso de posición dominante.	141
4.2.2.	El elemento intencional se concluye en base a antecedentes objetivos.	148
4.2.3.	. Intentos por configurar un marco de análisis.	154
4.2.4.	Desarrollo de tests.	157
4.2.5.	Tendencia economicista.	160
CONCLUSIONES		164
BIBLIOGRAFÍA		169
LEYES Y OTROS		181

RESUMEN

Con este trabajo hemos querido analizar el elemento intencional propio de la noción de abuso. La noción de abuso está presente en diversos ilícitos dentro de nuestro ordenamiento. Por lo que junto con ahondar en la noción misma de abuso, veremos el elemento intencional, característico de la figura de abuso. El elemento intencional tiene gran importancia en virtud del rol que juega al definir la antisocialidad de la conducta y por lo tanto al establecer la ilicitud de la conducta. Creemos necesario ver cómo este elemento ha evolucionado y cómo esto se ha reflejado en la jurisprudencia actual. Tomando como punto de partida la teoría del abuso de derecho analizaremos si la noción de abuso proveniente del derecho privado tiene alguna relación con el ilícito de abuso de posición dominante en sede de libre competencia. Y en el caso de ser la misma noción de abuso, nos interesará ver cómo se presenta el elemento intencional. Haciendo especial énfasis en la opinión doctrinal y jurisprudencial evaluaremos cómo se ha plasmado este concepto de abuso a lo largo del ordenamiento jurídico y como se ha concretizado su elemento intencional. De esta forma llegaremos a observar la tendencia a la objetivización que ha sufrido el elemento intencional, tendencia que tiende a evaluar la intención o la finalidad de la conducta a través de hechos concretos y prescindiendo de elementos subjetivos.

Es por ello que analizaremos en primer lugar la noción de derecho subjetivo que nos llevará a determinar qué es lo que se entiende por abuso de derecho. Luego compararemos esta noción de abuso dentro del derecho de la libre competencia a la luz de la regulación nacional y europea. Finalmente examinaremos la tendencia a la objetivización que ha sufrido el elemento intencional.

INTRODUCCIÓN

El término abuso aparece numerosas veces en nuestra legislación en diversas figuras jurídicas. Nos pareció interesante ver si el concepto de abuso presente en el derecho privado bajo la noción de abuso de derecho tiene relación con el concepto de abuso de posición dominante en el derecho de la libre competencia. Para ello pondremos especial énfasis en el elemento intencional, el cual es propio y determinante de la noción de abuso. Nos importa cómo se ha llegado a determinar en la actualidad éste elemento, logrando superar la necesidad de indagar en el móvil del agente para determinar la ilicitud de la conducta.

Para esto, nos basaremos en la teoría del abuso de derecho y la contrastaremos con el derecho de la libre competencia y el ilícito de abuso de posición dominante. Profundizaremos en las diferencias entre estos ilícitos y la naturaleza de las relaciones que éstos buscan regular. Para ello será necesario tomar en cuenta que el abuso de posición dominante tiene como principal antecedente el derecho de la libre competencia de la Unión Europea.

Nuestra postura descansa en la idea de que la misma noción de abuso atraviesa nuestra legislación y adopta diversas formas dependiendo de la naturaleza del ilícito que configura, de las relaciones que resguarda y de los objetivos de la norma que la establece.

En primer lugar, nos referiremos al concepto de derecho subjetivo, noción fundante de la teoría del abuso de derecho. Veremos cómo su concepción ha evolucionado y cuáles son sus límites. es de suma importancia profundizar en la noción de derechos subjetivos para poder entender la teoría del abuso de derecho. El abuso sólo puede entenderse al analizar el derecho subjetivo.

En segundo lugar veremos la teoría del abuso de derecho y su evolución poniendo énfasis en el rol del elemento volitivo. El abuso del derecho tiene una naturaleza jurídica controversial, por lo que analizaremos las principales tendencias que existen. Nos importa entender a qué fenómenos sociales y jurídicos responde este ilícito. También compararemos el abuso de derecho con otras instituciones jurídicas y tomaremos en cuenta la utilización que hace el legislador de esta noción en otras ramas del derecho.

Luego, se tomará como principal modelo de comparación el ilícito de abuso de posición dominante. Esta comparación nos llevará a estudiar el derecho de la libre competencia, su lógica y sus influencias. Por lo que

indagaremos en el modelo europeo el cual es la principal influencia en la constitución de este ilícito.

Finalmente, observaremos la tendencia hacia la objetivización que ha sufrido el elemento intencional, tanto en el abuso de derecho como en el abuso de posición dominante. Trataremos de reconocer los esfuerzos por dar una mayor seguridad jurídica en estos ámbitos a través de reglas claras, decisiones previsibles y de un marco jurídico definido.

De esta forma podremos ver que el indagar en los motivos del agente que actuó de forma abusiva no es necesario, sino es posible presumirlo de las circunstancias y los elementos concretos del caso. Así también hemos percibido que en materia de libre competencia esta tendencia se ha extremado hasta llevar a un análisis enfocado principalmente en los efectos de la conducta los mercados.

CAPITULO 1.DERECHOS SUBJETIVOS.

La noción de derecho subjetivo ha sido entendida como un “poder que tiene una persona para satisfacer sus fines e intereses bajo la protección del ordenamiento jurídico”¹. Así, mediante el ejercicio de los derechos subjetivos los individuos pueden concretar los objetivos que el derecho ha delegado en manos del Estado. Los derechos subjetivos son facultades otorgadas a los titulares por el Estado para la concreción de sus intereses dignos de protección jurídica². Los titulares de estos derechos son quienes tienen el principal deber de resguardar que el ejercicio de estos derechos se realice de forma correcta.

El abuso de derecho, al ser un ilícito que se produce en el ejercicio de un derecho del cual se es titular, está directamente ligado con la concepción que tenemos de los derechos subjetivos.

¹ ALESSANDRI, Arturo. 1998, Tratado de derecho civil: partes preliminar y general 1895 - 1975, Tomo I, Santiago, Ed: Jurídica de Chile, p. 313.

² BARROS, Enrique. 1999, Límites de los derechos subjetivos privados. Introducción a la doctrina del abuso de derecho, Revista de derecho y humanidades, (volumen 7), p. 11.

1.1. Evolución histórica.

Los derechos subjetivos son la contra cara de los derechos objetivos. El derecho objetivo es el conjunto de normas jurídicas. A través de éste se reconocen y se fundamentan los derechos subjetivos. Simultáneamente, mediante el ejercicio de los derechos subjetivos el derecho objetivo se lleva a la práctica.

A finales del siglo XII se habló de los derechos subjetivos por primera vez³ ya que el derecho romano los desconocía. Mediante el trabajo de los glosadores la concepción de derecho subjetivo tiene sus inicios, pero alcanza su pleno reconocimiento con el derecho moderno.

La aceptación de los derechos subjetivos no es unánime dentro de la doctrina. León Duguit, al igual que otros juristas, rechaza los derechos subjetivos debido a su carácter abstracto. Concibe los derechos subjetivos como “de orden puramente metafísico, lo que está en contradicción

³ En el derecho romano no existe la distinción entre el derecho subjetivo y el derecho objetivo. El derecho romano concebía el derecho desde un punto de vista concreto sin permitir mayores abstracciones. El término *ius* no tiene una dimensión subjetiva sino que se refiere a la cosa justa. El “derecho así entendido expresaría una medida de lo justo en nuestras relaciones con los demás, con independencia de nuestros intereses particulares y de nuestras intenciones”. [MEGÍAS, José. 2003, El derecho subjetivo en el Derecho Romano (un estado de la cuestión), Revista de estudios histórico – jurídicos, (XXV), pp. 35 – 54]. Véase también: GUZMÁN, Alejandro. 2003, Historia de la denominación del Derecho – Facultad como subjetivo, Revista de Estudios Históricos – Jurídicos, Sección Historia del Pensamiento Jurídico, (Volumen XXV), pp. 407 – 443.

indudable con las tendencias de las sociedades modernas, y con el realismo, digamos la palabra, con el positivismo de nuestra época”⁴.

1.1.1. Doctrina absolutista de los derechos subjetivos.

La noción de derecho subjetivo toma gran relevancia en el derecho moderno debido a la exaltación del individualismo que la revolución francesa trae consigo.

Los movimientos sociales de finales del siglo XVIII fueron producto de un descontento social en países como Francia y Estados Unidos. Estos movimientos responden a una revolución intelectual en la cual se vencieron ciertos moldes de pensamiento que estaban arraigados por largo tiempo respecto del gobierno y del individuo, y se remplazaron por nuevas ideas acerca del hombre, la sociedad, la economía y el Estado⁵. Se hace un importante hincapié en la libertad individual, lo que se traduce en una exaltación del individuo por sobre la colectividad.

⁴ DUGUIT, León. 1921, Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón, traducción: C.G. Posada, Madrid, Ed: Analecta, p. 25.

⁵ MERRYMAN, John. 1989, Sistemas legales en América Latina y Europa. Tradición y modernidad, traducción: Eduardo L. Suarez, México D.F., Ed: Fondo de cultura económica, p. 39.

Por lo mismo, es que el derecho moderno, reconoce los derechos subjetivos, pero con el carácter de absolutos⁶. El absolutismo de los derechos subjetivos descansa en la idea de individualismo y de formalismo legal, tomando como principal destinatario de la norma al individuo.

Al ser el individuo el principal destinatario de la norma se le concede un poder ilimitado para ejercer el derecho otorgado por ley. De acuerdo a esta concepción absolutista se entiende que no cabe un ilícito en el ejercicio de un derecho del cual se es titular, siempre y cuando el derecho se ejerza dentro de los márgenes establecidos por la norma misma. Nada podía alterar la facultad otorgada por ley al titular del derecho, siendo éste soberano y libre de ejercerlo de la forma que quisiese.

Al aceptar que los derechos subjetivos son absolutos aceptamos que cualquier ejercicio que se realice dentro de la esfera del derecho es lícito y no puede ser sancionado de forma alguna. De acuerdo a esta doctrina no puede existir como ilícito el abuso de derecho debido a que “el derecho cesa donde el abuso comienza”⁷ y un acto no puede ser lícito e ilícito a la vez.

⁶ La doctrina absolutista que concibe los derechos subjetivos como absolutos no está relacionada con lo que se entiende por derechos absolutos o relativos, sino que usa el término “absoluto” para referirse a la ausencia de límites.

⁷ ILLANES, Claudio. 2005, II Curso de actualización jurídica “Teorías del derecho civil moderno”, Santiago, Ed: Universidad del Desarrollo, p. 77.

1.1.2. Doctrina relativista de los derechos subjetivos.

A principios del siglo XX, la exaltación del individualismo se diluye, la colectividad pasa a tener mayor importancia y con ello se comienza a aceptar la relatividad de los derechos subjetivos. Esto resulta de una reacción al Código de Napoleón debido a su excesivo formalismo legal y al “absolutismo de los derechos y especialmente del derecho de propiedad”⁸. Se reconoce así la función social del derecho y con ello se deja de tomar en cuenta únicamente el texto de la norma y se toma en consideración la finalidad de la misma.

El absolutismo jurídico promovía la libertad individual a tal punto que dejaba de lado el interés social. Con la doctrina del relativismo se reconoce que el derecho tiene por finalidad la paz social y que el fin último de los derechos es la conservación de la sociedad⁹.

Parece necesario que el interés social no se deje de lado por la libertad individual. Alessandri reconoce que tal libertad individual es mal entendida y se encuentra en decadencia¹⁰. Al aceptarse la función social del derecho se produce un cambio en la concepción estructural del mismo.

⁸ ATIENZA, Manuel. 2004, El sentido del Derecho, Barcelona, Ed: Ariel Derecho, p. 34.

⁹ PLANIOL, Marcel, G. Ripert, Traité élémentaire de droit civil, 6ta edición, L.G.D.J., 1992, T II, p. 280. Véase también en MARKOVITCH, Milivoie. 1936, La théorie de l’abus des droits en droit comparé, Paris, Ed: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, p. 154.

¹⁰ ALESSANDRI, Arturo. 2005, De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno, Santiago, Ed: Jurídica de Chile, p. 184.

Aparece la “función promocional (incentivo de ciertos comportamientos mediante el establecimiento de premios, ventajas económicas, etc.) y función distributiva (reparto de bienes económicos y de oportunidades sociales) del Derecho”¹¹. Tales funciones del Derecho pueden ser alcanzadas otorgando derechos subjetivos.

Al reconocer que el Derecho tiene una dimensión social, entendemos que los derechos subjetivos tienen también dimensión social. El derecho subjetivo se concibe como una herramienta para la consecución de los fines del ordenamiento jurídico que permite garantizar las esferas de libertad y de autodeterminación¹².

En la actualidad, no podemos concebir los derechos subjetivos alejados del rol social del Derecho. El derecho se despliega en el ámbito de la intersubjetividad por lo que se basa en la relación entre sujetos y en consecuencia, el derecho subjetivo no puede concebirse independientemente del derecho ajeno. El titular de un derecho subjetivo detenta un deber genérico para con los demás y se relativiza en función de los demás¹³.

¹¹ ATIENZA, Manuel. 2004, El sentido del Derecho, Op. cit., p. 148.

¹² BARROS, Enrique. 2006, Tratado de responsabilidad extracontractual, Santiago, Ed: Jurídica de Chile, p. 612.

¹³ FERNÁNDEZ, Carlos. 1992, Abuso del derecho, Buenos Aires, Ed: Astrea, p. 25.

La colectividad puede ser perjudicada en el ejercicio de un derecho, por lo que el ejercicio incorrecto, a pesar de estar dentro de la esfera del derecho, debe ser sancionado debido a que el bienestar de la colectividad es hoy en día concebido como un objetivo del ordenamiento jurídico.

Así, de acuerdo a la concepción actual, los derechos subjetivos están limitados tanto por la ley y el derecho ajeno como límite externo, así como también por el fin de la norma y la buena fe. Si aceptamos que existen límites internos a los derechos subjetivos podemos entender la existencia de la teoría del abuso del derecho.

1.2. Derecho de propiedad.

La noción de derechos subjetivos fue desarrollada, en sus orígenes, a partir del derecho propiedad¹⁴, con el ánimo de resaltar la libertad que éste reconocía respecto de la cosa.

¹⁴ La noción *jus in re* mediante el trabajo de los glosadores y con el afán de abstracción, fue ampliado y llegando a abarcar otras clases de *jus* que para el derecho romano debían considerarse por separado. La noción Medieval del *jus in re* difiere de lo que hoy entendemos por derechos subjetivos. “No hay duda de que *jus in re* ha alcanzado en ciertos textos una extensión que no tenía en el derecho romano clásico. Ha invadido todo el antiguo dominio romano de la *res* [cosa]. Pero ha seguido siendo una *res*; lo que no ha llegado a ser es un derecho subjetivo en el sentido moderno”. Con los post glosadores el término *jus ad rem* fue la expresión utilizada para la noción de derecho personal a pesar de haber sido éste utilizado anteriormente para referirse a una acción personal. Con ello el “*jus in re* no le queda más que alinearse y convertirse en el derecho real. Bastó para ello una generalización bastante fácil, ya que había llegado a extenderse a la situación de la mayor parte de los titulares de derechos reales, incluso al propietario”.

El derecho de propiedad ha sido mirado como el derecho subjetivo por excelencia, por lo que creemos necesario analizar el derecho de propiedad como punto de partida del análisis de la figura del abuso de derecho.

1.2.1. Derecho de propiedad y sus limitaciones.

Como señalamos anteriormente, en el contexto post revolucionario hubo un especial énfasis en el derecho del hombre a detentar propiedades y en el rol de las normas de proteger su propiedad. Esto era una reacción ante el modelo económico feudal¹⁵. El titular del derecho de propiedad no tenía limitación alguna para ejercerlo ya que se miraba como absoluto e ilimitado.

Para la doctrina moderna del derecho civil “el derecho real o *jus in re*, es el derecho subjetivo que se tiene sobre una cosa y que, en consecuencia, es absoluto¹⁶, ya que vincula directamente al hombre con la cosa”¹⁷. El

[VILLEY, Michel. 1976, Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo, Valparaíso, Ed: Universitarias de Valparaíso, p. 142-146]

¹⁵ MERRYMAN, Op. cit., p. 44.

¹⁶ Es necesario recordar que el término absoluto en este caso es utilizado desde el punto de vista de una de las clasificaciones más usuales de derechos subjetivos: derecho subjetivo absoluto y derecho subjetivo relativo. Esta clasificación atiende al hecho de que en el caso de los derechos subjetivos relativos el derecho se puede hacer valer respecto de una persona o grupo de personas determinadas. Mientras que en el caso de los derechos subjetivos absolutos, este derecho debe ser reconocido por todas las personas sean estas determinadas o no.

¹⁷ VILLEY, Op. cit., p.131.

derecho de dominio se encuentra establecido en nuestro Código Civil (en adelante “CC”) en el artículo 582, inciso primero:

“El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno.”

De esta definición se desprende la existencia de una facultad de disposición tan amplia cuyas únicas limitaciones parecieran ser el derecho ajeno y la ley, y que cualquier otra limitación posible es contraria a la naturaleza misma de ésta institución. En este mismo sentido el legislador utilizó el término “arbitrariamente” para referirse a la aparente casi ilimitada facultad de disposición que se tiene sobre la cosa.

El derecho de propiedad se ha concebido como un haz de posiciones normativas que implica: “a) El derecho subjetivo en sentido estricto a no ser interferido en el uso y disfrute de la cosa (...) b) Una serie de libertades (por ejemplo, de usar la cosa, de percibir sus frutos, de edificar sobre el terreno, etc.) cuyo correlativo es el no-derecho de los demás a exigir al propietario que realice o se abstenga de realizar dichas conductas (...). c) Una serie de poderes normativos que le posibilitan producir cambios en el *status* normativo de la cosa (o, más exactamente, en el *status* normativo de las conductas relacionadas con la cosa) (...). d) Una inmunidad referida al

status normativo de la cosa (o, más precisamente, de las conductas relacionadas con ella) que no puede ser alterado por los demás”¹⁸.

Este haz de atribuciones nos ejemplifica la extensión del derecho de propiedad. El derecho de propiedad, se ha considerado como el “derecho individual por excelencia, como el prototipo de derecho absoluto (...); el derecho revolucionario, aceptando y fortaleciendo incluso la herencia del pasado, le reconoce solemnemente el valor de una atribución natural e imprescriptible, inviolable y sagrada, de la personalidad humana, al mismo título que la libertad, la seguridad y la resistencia frente a la opresión”¹⁹.

El derecho de propiedad ha sido concebido como un derecho determinante en nuestro ordenamiento jurídico, no sólo por todo lo que abarca, sino también juega un rol social ya que aporta el marco legal para la asignación de los recursos y ordena la distribución de la riqueza²⁰.

¹⁸ ATIENZA, Manuel. 2000, Ilícitos atípicos: sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder, Madrid, Ed: Trotta, p. 48.

¹⁹ JOSSERAND, Louis. 1927, De l'esprit des droits et de leur relativité, Paris, Ed: Librairie Dalloz, p. 13. Traducción libre: “Le droit individuel par excellence, comme le prototype du droit absolu (...): le droit révolutionnaire, acceptant et fortifiant même l'héritage du passé, lui a reconnu solennellement la valeur d'un attribut naturel et imprescriptible, inviolable et sacré, de la personnalité humaine, au même titre que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression”.

²⁰ COOTER, Robert, ULEN, Thomas. 2008, Derecho y economía, México D.F., Ed: Fondo de cultura económica, p.113.

1.2.2. Protección constitucional de la propiedad.

En virtud del importantísimo rol social que la propiedad juega en nuestra sociedad analizaremos cómo ha sido protegido el derecho de propiedad por nuestro ordenamiento.

Es tal su importancia que existe una relevante protección a nivel constitucional. En el artículo 19 n° 24 de la Constitución Política de la República (en adelante, “**CPR**”) se establece “el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”, en el artículo 19 n°23²¹ se reconoce la “libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes”, y en el artículo 19 n°25 se protege la propiedad intelectual.

Respecto de la propiedad intelectual el legislador constituyente reconoce una protección incluso más allá de lo establecido por el CC. El artículo 583 del CC establece el derecho de propiedad sobre cosas incorporales permitiendo entonces concebir un derecho de propiedad sobre las creaciones del intelecto como lo indica el artículo 584 del CC y también

²¹ Cuando el constituyente menciona la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, se refiere a que está otorgando una protección no sólo al dominio ya adquirido, el cual se ve protegido en el artículo 19 n°24 de la CPR, sino también la posibilidad y libertad de adquirir nuevos bienes. Esta protección “se trata de una novedad en nuestro sistema, pues las Constituciones de 1925 y de 1833 no la consagraban, puesto que siempre se había protegido el derecho de propiedad adquirido, pero no el libre acceso a la propiedad. En efecto, el art. 19 N° 24 CPR garantiza el derecho de propiedad, en cambio, el art. 19 N° 23 CPR establece el derecho a ser propietario, el derecho a adquirir el dominio de bienes para poder incorporarlos al patrimonio privado” [Tribunal Constitucional rol n°1298-09, § 35, 36 y 38].

la CPR. De esta forma entendemos que el derecho de propiedad que se ejerce sobre cosas corporales del artículo 582 del CC tiene una relación de género a especie con el derecho de propiedad establecido en la CPR, siendo éste último un concepto aún más amplio que el establecido por el CC. La protección de la propiedad en nuestra CPR abarca tanto la propiedad misma como la libertad para adquirirla. El ámbito de aplicación del artículo 19 n° 23 CPR corresponde al de adquisición de bienes cuya propiedad no se tiene. Mientras que el artículo 19 n° 24 CPR es aplicado respecto del derecho de propiedad ya existente, sin importar su especie y se radica en *toda clase de bienes corporales o incorporales*²².

La protección de la propiedad a nivel constitucional es amplia y “[e]s un hecho indiscutido que la Constitución de 1980 robusteció el derecho de propiedad y le otorgó una amplia protección. Así lo demuestra, por ejemplo, la limitación a los elementos que constituyen la función social de la propiedad y la regulación de la expropiación”²³.

Las limitaciones a la propiedad pueden encontrarse a nivel constitucional, legal y todas aquellas que deriven de su naturaleza. Parece evidente que la libertad para adquirir el dominio no debe entenderse de forma absoluta, lo que sería completamente inviable²⁴ para nuestro

²² Tribunal Constitucional rol n°115-90, § 21 y 23.

²³ Tribunal Constitucional rol n°334-01, §12.

²⁴ En este mismo sentido el Tribunal Constitucional ha señalado si bien se garantiza la libertad de adquirir el dominio, establece ciertas normas que rigen la libertad de adquisición del dominio: “La regulación de

ordenamiento jurídico. El derecho de propiedad en sí mismo tampoco figura como absoluto en nuestro ordenamiento. Si “este derecho tiránico fuese abandonado a sí mismo, a su naturaleza específica, invadiría todo y terminaría por destruirse a sí mismo”²⁵.

A pesar de la relevancia dada al derecho de propiedad, nuestro ordenamiento no puede aceptar un derecho que pueda ser ejercido de forma ilimitada. Si bien es uno de los derechos con mayor protección, incluso a nivel constitucional, no está exento de limitaciones, como por ejemplo en caso de expropiación por motivos de utilidad pública regulado en el artículo 19 n° 24, inciso tercero de la CPR, o por motivos de seguridad nacional, artículo 19 n° 24, inciso segundo de la CPR, entre muchos otros.

este derecho contempla cuatro normas: 1) la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, esto es, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 565 del Código Civil, todas las cosas corporales o incorporales susceptibles de apropiación; 2) se exceptúan de esta libertad de adquisición, lógicamente, aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la nación toda y la ley lo declare así, es decir, se excluyen, entre otros, los bienes nacionales de uso público, como las aguas por ejemplo; 3) sólo en virtud de una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional, se pueden establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes. Esta regla constitucional, dentro del contexto lógico del precepto se refiere a los bienes privados, y 4) todas las disposiciones anteriores son sin perjuicio de otros preceptos de la Constitución”. [Tribunal Constitucional rol n°260-97, § 14].

²⁵ JOSSERAND, Op. cit., p. 14. Traducción libre: “Si ce droit tyrannique était abandonné à lui-même, à sa nature spécifique, il envahirait tout et finirait par se détruire lui-même”.

1.2.3. Protección legal de la propiedad.

El derecho de propiedad puede también ser limitado a nivel legal como lo señala el artículo 19 n°24 de la CPR en su inciso segundo.

Las limitaciones en esta materia provienen principalmente del derecho ajeno²⁶ y de la ley como lo señala expresamente el artículo 582 del CC. Éstas constituyen limitaciones externas, las cuales se pueden ver expresamente reflejadas en el CC por ejemplo en materia de usufructos (artículo 764 y siguientes del CC), servidumbres (artículo 820 y siguientes del CC), las cuales pueden ser de uso público (uso de riberas por navegación o flote o las determinadas por reglamentos u ordenanzas) o de utilidad para los particulares (demarcación, cerramiento, medianería, tránsito, entre otras) o en la propiedad fiduciaria (artículo 733 y siguientes del CC). Todas estas limitaciones responden a la función social que aqueja a éste derecho.

Un derecho de propiedad ilimitado es inconcebible en la práctica. Existe una “imposibilidad social de un derecho de propiedad absoluto, la

²⁶ “El principio general de no inmitir en los bienes ajenos que permite aplicar la teoría de las inmisiones a las relaciones de vecindad se encuentra en la coletilla final del artículo 582 que define el dominio como limitado en razón del derecho ajeno. Este es un principio general en materia de bienes, por lo que debe entenderse que el ejercicio de las facultades de dominio siempre encuentra su límite en la no realización de actos que afecten el ejercicio de actos de uso, goce o disposición de otros titulares dominicales, por lo que la penetración de las emisiones producidas en un predio en otro se encuentra, en principio, prohibida.” [AMUNÁTEGUI, Carlos. 2012, Las relaciones de vecindad y la teoría de las inmisiones en el Código Civil, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (XXXVIII), p. 120].

naturaleza invasora de una prerrogativa tal requiere imperiosamente de medidas de compresión”²⁷. Cuando hablamos de limitaciones al derecho de propiedad y en general a cualquier derecho subjetivo es necesario distinguir entre aquellas limitaciones internas y externas. Son limitaciones internas aquellas provenientes de su propia naturaleza, de su propio contenido. Son limitaciones externas aquellas provenientes de elementos externos al derecho mismo, como por ejemplo la ley, la constitución u otros derechos subjetivos.

La función social de la propiedad es de tal magnitud y relevancia que no podemos desconocer la posibilidad de limitaciones internas, incluso a pesar de su amplia protección y de las atribuciones que otorga a sus titulares. El contenido del derecho de propiedad es tan extenso que resulta difícil pensar en limitaciones provenientes del mismo y las limitaciones internas parecieren ser contradictorias con la naturaleza misma de los derechos subjetivos. Pero al tomar en cuenta su dimensión social y la imposibilidad del legislador de prever y regular todo tipo de relaciones y situaciones que el derecho de propiedad pudiese generar, las limitaciones internas se vuelven una herramienta necesaria.

²⁷ JOSSERAND, Op. cit., p.14. Traducción libre: “l’impossibilité sociale d’un droit de propriété absolu; la nature envahissante d’une telle prérogative nécessite impérieusement des mesures de compression”.

Al reconocer la primacía del interés colectivo, el ejercicio del derecho de propiedad y de cualquier otro derecho subjetivo que atente contra la colectividad será considerado ilícito.

1.3. Derechos subjetivos y libertad.

1.3.1. La dimensión social e individual del hombre.

Es necesario tener en consideración la dimensión social e individual del ser humano. No podemos desconocer “que el hombre sea un ser social y que la sociedad sea un hecho, y un hecho necesario (...). Este hombre individual es el que *es* hombre social, y es individual *antes* de ser social”²⁸ al igual que los hombres con los que se relaciona.

Rousseau, debido a su concepción de la naturaleza humana reconoce que la libertad es propia a los hombres, que “les pertenece, sin que nadie tenga derecho a disponer de ella. (...) Renunciar a su libertad es renunciar a su condición de hombre, a los derechos de la humanidad y aun a sus deberes. No hay resarcimiento alguno posible para quien renuncia a todo.

²⁸ DABIN, Jean. 1889, El derecho subjetivo, Revista de derecho privado, Traducción: Francisco Osset, p. 48.

Semejante renuncia es incompatible, con la naturaleza del hombre: despojarse de la libertad es despojarse de moralidad”²⁹.

Por lo mismo, es necesario que la colectividad y el Estado reconozcan tal libertad. El ordenamiento jurídico reconoce libertades a los individuos, reconoce que éstos detentan una libertad general de la cual se derivan libertades en específico. Estas libertades están protegidas a nivel constitucional (libertad de conciencia establecida en el artículo 19 n°6 de la CPR, libertad personal establecida en el artículo 19 n°7 de la CPR, libertad de emitir opiniones e informar establecida en el artículo 19 n°12 de la CPR, entre otras), como también a lo largo de todo el ordenamiento jurídico.

El Estado puede limitar tal libertad siempre y cuando lo realice con miras al bienestar de la colectividad. La colectividad pasa a ser otra dimensión del individuo y de acuerdo al pacto social de Jean Jacques Rousseau, el “acto de asociación convierte al instante la persona particular de cada contratante, en un cuerpo normal y colectivo”³⁰. Por lo que el Estado debe reconocer y velar tanto por la libertad como también por la comunidad.

²⁹ ROUSSEAU, Jean Jaques. 1984, El contrato social, México D.F., Ed: Unam, 4ta edición, p. 13.

³⁰ Ibid., p. 22.

1.3.2.Libertades particulares.

El Estado reconoce la libertad del individuo y para que tal libertad pueda efectivamente ser ejercida en la práctica, con el debido reconocimiento y protección, éste establece a través de la ley, libertades específicas que derivan de la libertad general.

La libertad en general no es susceptible de limitaciones internas en cuanto cualquier uso incorrecto de la misma cae en antijuridicidad³¹. La amplitud del concepto no permite definir limitaciones. Si bien la libertad en general otorga un amplio e incluso ambiguo campo de acción, tiene también como correlato la expresa disposición de no dañar a otros como regla general³². Mientras que en los derechos nominados o libertades en particular encontramos una esfera de actuación limitada y el actuar dentro de esta limitación da pie a una actuación abusiva.

Para algunos, las libertades particulares es lo que conocemos como derechos subjetivos. Para otros, “las libertades particulares, llevan consigo evidentemente el derecho subjetivo, oponible a cualquiera, de realizar los actos correspondientes a su objeto³³”.

³¹ DABIN, Op. cit., p. 343.

³² Idem..

³³ Ibid., p. 343.

Los derechos subjetivos han sido concebidos como facultades o como potestades o incluso como ventajas. Para Michel Villey, al analizar el término de derecho subjetivo y siguiendo el pensamiento de Grocio (iusnaturalista), el término *subjetivo* se refiere a “un derecho que emana de la persona, que es atributo suyo: un atributo, no un objeto (...) el derecho subjetivo es una cualidad del sujeto, una de sus facultades, más precisamente una franquicia, una libertad, una posibilidad de actuar”³⁴.

En definitiva, tomando en consideración la libertad reconocida por el Estado se pueden concebir los derechos subjetivos. En la individualidad propia a cada persona y como miembro de la colectividad se fundamenta la teoría de los derechos subjetivos. Esto se explica por el hecho de que los derechos subjetivos se definen en relación a ciertos valores inmanentes al individuo y sólo existen y se justifican gracias a esos valores. Hay derechos subjetivos que imponen el respeto por el derecho ajeno ya que existe una regla objetiva que establece la protección de tales valores y los concibe como derechos. Esta regla objetiva es la regla de justicia³⁵.

La teoría del abuso entiende que el individuo actúa dentro de los límites externos del derecho subjetivo y que ejercita su libertad, pero que a pesar de ello, tal ejercicio puede resultar antisocial y por ende, ilícito cuando contraviene determinados valores erigidos como derechos. Esta

³⁴ VILLEY, Op. cit., p. 157.

³⁵ DABIN, Op. cit., p. 53.

teoría es un correctivo jurídico ante un comportamiento antisocial que deriva de la libertad de ejercicio por parte del titular de un derecho.

1.4. Delimitación de los derechos subjetivos.

Hemos analizado anteriormente los fundamentos de los derechos subjetivos por lo que a continuación nos detendremos en la noción misma de estos.

1.4.1. Contenido y límites.

Han existido diversas concepciones de lo que se entiende por *derecho subjetivo*, dentro de las cuales cabe destacar 3 grandes corrientes: la clásica o doctrina de la voluntad; la del interés jurídico protegido; y una tercera que tiene por objeto aunar las dos corrientes antes señaladas.

Savigny, uno de los juristas adherentes a la teoría de la voluntad recalca que tomando en consideración los hechos normales de la vida que tienen relevancia jurídica, aparece “en primer lugar el poder correspondiente a la persona particular: una esfera en la cual su voluntad reina con nuestro consentimiento. Denominamos este poder un derecho de

esta persona, en el sentido de facultad. Algunos lo llaman derecho en sentido subjetivo”³⁶.

Por el lado de la teoría del interés jurídico, cuyo principal exponente es Ihering, el elemento clave es el reconocimiento jurídico. Por lo que los derechos subjetivos deben ser entendidos como un “interés jurídicamente protegido”³⁷. De acuerdo a esta teoría los derechos subjetivos existen para alcanzar fines socialmente queridos y en favor de su titular.

La tercera postura que viene a conciliar ambas teorías descritas anteriormente, reconoce que la voluntad sirve para “concretar el derecho subjetivo”³⁸ y los fines o intereses que el legislador busca proteger, los que a su vez constituyen su contenido.

Más allá de estas tres corrientes anteriormente señaladas, el derecho subjetivo también ha sido definido como una “potestad atribuida por el Derecho”³⁹ o como la “facultad concedida o reconocida por la ley a una persona que le permite realizar ciertos actos determinados”⁴⁰. El concepto

³⁶ SAVIGNY, Friedrich Karl. 1981, Textos clásicos, México D.F., Ed: Universidad nacional autónoma de México, p. 21.

³⁷ ALESSANDRI, Arturo. 1998, Tratado de derecho civil: partes preliminar y general 1895 - 1975, Op. cit., p. 312.

³⁸ Ibid., p. 312.

³⁹ VILLEY, Op. cit., p. 144.

⁴⁰ ILLANES, Op. cit., p. 75.

de derecho subjetivo puede entenderse también como un poder reconocido por el derecho puramente formal⁴¹.

Para poder definir lo que se entiende por derecho subjetivo será necesario analizar su contenido el cual se determina por sus atributos y por las facultades que confiere. Cada derecho subjetivo en particular encuentra sus límites en aquellos atributos⁴². Por ejemplo en el caso del derecho de propiedad, la limitación del derecho subjetivo proviene de la naturaleza misma de la propiedad, de la relaciones de vecindad que crea, del rol social que juega, de la asignación de riquezas que permite.

Podemos inferir que el contenido de los derechos subjetivos es el “poder jurídico (o dominio) de la voluntad, concedido por el ordenamiento jurídico al sujeto”⁴³. Los elementos principales son entonces el poder de la voluntad y el reconocimiento jurídico, y “en el núcleo del derecho subjetivo reside la potestad que el derecho concede al titular para hacer efectiva una cierta pretensión”⁴⁴.

⁴¹ BARROS, Enrique. 2006, Tratado de responsabilidad extracontractual, Op. cit., p. 613.

⁴² BARROS, Enrique. 1999, Límites de los derechos subjetivos privados. Introducción a la doctrina del abuso de derecho, Op. cit., p. 12.

⁴³ FIGUEROA, Gonzalo. 2006 Curso de Derecho Civil, Tomo I y II, Santiago, Ed: Jurídica de Chile, p. 240.

⁴⁴ BARROS, Enrique. 2006, Tratado de responsabilidad extracontractual, Op. cit., p. 612.

El contenido específico de cada derecho determinará sus límites internos. Este contenido se puede determinar en función de los objetivos que tuvo el legislador al reconocerlos y de los objetivos propios del derecho que se pueden ver plasmados en los principios generales del derecho, las buenas costumbres y el orden público.

1.4.2. Función social.

El propósito de todos los derechos (incluida la libertad) es la concreción de un bien para el hombre y no la simple concreción de sus placeres⁴⁵. Podemos aseverar que los derechos subjetivos también tienen una función social.

Los “derechos, a más de su aspecto individual, tienen una finalidad social que llenar, de la que su titular no puede prescindir. Deben pues ejercerse de acuerdo con los fines para que han sido otorgados”⁴⁶. Así, el interés social pasa a ser una limitación a los derechos subjetivos y para llevar a cabo este análisis resulta necesario acudir a principios como la buena fe, las buenas costumbres o el orden público, los cuales develan lo que es socialmente deseable.

⁴⁵ DABIN, Op. .cit, p. 83.

⁴⁶ ALESSANDRI, Arturo (1943), De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno, Op. cit., p.184.

En definitiva, vemos que los derechos subjetivos existen en virtud del reconocimiento colectivo, y por ende, del ordenamiento jurídico. No pueden entenderse separadamente de la función social que el ordenamiento jurídico detenta ni tampoco de la individualidad y libertad que es reconocida por el hecho de aceptar la teoría de los derechos subjetivos. Estos deben no sólo respetar los límites externos establecidos por la ley o el derecho sino que también los límites internos que pueden estar determinados por su finalidad social.

CAPITULO 2.ABUSO DEL DERECHO.

La teoría del abuso del derecho está directamente relacionada con la teoría de los derechos subjetivos ya que “los derechos subjetivos son concedidos a los particulares dentro de un espíritu determinado, y sus titulares, ejerciéndolos, deben obedecer a este espíritu, sino cometen un abuso”⁴⁷.

Cuando hacemos alusión al término *abuso* nos referimos a un aprovechamiento que constituye un ilícito. Hay abuso del derecho cuando un sujeto es titular de un derecho y lo ejerce pero de forma excesiva o errónea en atención a las demás circunstancias⁴⁸.

A continuación veremos cómo el concepto de abuso de derecho ha sido entendido por la doctrina y cómo ha evolucionado.

⁴⁷ MARKOVITCH, Milivoie. 1936, La théorie de l’abus des droits en droit comparé, Paris, Ed: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, p. 85. Traducción libre: “les droits subjectifs sont concédés aux particuliers dans un esprit déterminé, et leur titulaire, en les exerçant, doit obéir à cet esprit, sinon il commet un abus”.

⁴⁸ ATIENZA, Manuel. 2004, El sentido del Derecho, Op. cit, p. 59.

2.1. Evolución doctrinal de la teoría del abuso del derecho.

La noción de abuso se origina a principios del siglo XX y su desarrollo inicial se produce en el derecho continental europeo, principalmente en Francia. En el derecho francés post revolucionario se configura este ilícito como una figura que permite corregir el derecho frente a la excesiva exaltación de la libertad individual y como una forma de corregir el ejercicio de los derechos subjetivos⁴⁹.

Al apaciguarse la efervescencia por las libertades individuales que sufre la doctrina francesa se admite la relatividad de los derechos. Con ello se acepta que un derecho puede ejercerse dentro de los límites establecidos por la ley, pero que aun así el titular puede estar usándolo de un modo erróneo, de una forma abusiva.

La teoría del abuso del derecho, hoy en día, es plenamente aceptada, pero existen divergencias respecto de la naturaleza jurídica de esta institución.

⁴⁹ MERRYMAN, Op. cit., p. 44.

2.1.1. Doctrina del móvil ilegítimo.

Para el jurista francés de principios del siglo XX, Louis Josserand, el ejercicio de un derecho se torna abusivo en virtud de la existencia de un motivo o interés ilegítimo, a pesar de que éste haya sido ejercido dentro de los márgenes establecidos por ley. Vale la pena reconocer que Josserand concibe los derechos subjetivos como intereses. De esta forma, si el motivo detrás del ejercicio de un derecho es nocivo para el ordenamiento jurídico, se entiende que el *interés* protegido por el derecho se torna antijurídico y por ende abusivo.

El *motivo legítimo* es “la autorización para proceder de una forma determinada, autorización que deriva de la función del derecho, considerando las condiciones y circunstancias determinadas”⁵⁰. En contraposición al motivo legítimo está el motivo ilegítimo. Este último se refiere no sólo a la intención del titular, al hecho de si hubo falta, colusión, dolo o mala fe por parte de éste, sino que también a la orientación de su conducta. Hay motivo o móvil ilegítimo cuando la conducta no ha sido orientada de acuerdo a la finalidad del derecho. Dicha orientación se puede dilucidar en atención al contenido del derecho, mediante su ejercicio, éste puede tornarse en antijurídico.

⁵⁰ MARKOVITCHO, Op. cit., p. 158. Traducción libre: “l’autorisation de procéder d’une certaine manière, autorisation qui découle de la fonction de ce droit, envisagé dans des conditions et des circonstances déterminées”.

Se considera que absolutamente todos los derechos están al servicio de la comunidad, por lo que el ejercicio de un derecho que contravenga esta finalidad se considerará desviado, y por ende, abusivo. Esto se debe a que “la sociedad pone los egoísmos individuales al servicio de la comunidad; y puesto que cada egoísmo concurre al objetivo final, es de toda evidencia que cada uno de nuestros derechos subjetivos debe ser orientado y tender hacia ese objetivo; cada uno tiene su misión propia que cumplir, lo que equivale a decir que cada uno de ellos debe realizarse conforme al espíritu de la institución”⁵¹.

Lo que desvía el ejercicio de un derecho es la intención dañina de su titular quien lo usa con el objeto de lograr un objetivo no amparado por el derecho. Los derechos subjetivos son una herramienta que otorga el ordenamiento jurídico para que cada uno persiga sus propios fines pero estos fines no pueden estar en contradicción con lo querido por la colectividad.

Sin embargo, el criterio utilizado al examinar esta figura ha sido desplazado. No se toma en consideración únicamente la intención sino que también la dirección de la conducta en comparación con la dirección

⁵¹ DABIN, Op. cit., p. 355.

querida socialmente de acuerdo al contenido del derecho ejercido⁵². De esta forma es también abusivo todo acto que esté desviado de la finalidad del derecho en ejercicio.

Los jueces están llamados a sancionar todos los casos de abuso, lo que quiere decir que deben sancionar todos aquellos casos donde exista un motivo ilegítimo. Esto último puede resultar una tarea titánica y contraria a la seguridad jurídica. Una teoría del abuso del derecho que busque corregir todo ejercicio de un derecho que se encuentre desviado, y, apoyada en la idea de que el derecho debe estar al servicio del interés general constantemente, resulta contrario al supuesto de libertad individual, de autonomía de la voluntad y puede atentar contra la eficacia del derecho⁵³.

2.1.2. Doctrina del abuso como otra fuente más de responsabilidad.

Para Alessandri el abuso es el ejercicio de un legítimo derecho pero que produce un daño a otro el cual debe ser reparado. Esto consiste en ejercer el derecho de forma contraria “a su espíritu y al fin para el cual fue

⁵² JOSSERAND, Op. cit., p. 297. Traducción libre: “le critère de l’abus a été déplacé dans un sens extensif, car nos juridictions prennent de plus en plus en considération, pour retenir le responsabilité du titulaire, des éléments autres que l’intention de nuire et la fraude, et la tendance s’affirme dans l’esprit des juges à considérer comme abusif tout acte accompli dans une direction autre que la direction sociale du droit auquel il correspond”.

⁵³ BARROS, Enrique. 2006, Tratado de responsabilidad extracontractual, Op. cit., p.625.

otorgado o reconocido por el ordenamiento jurídico”⁵⁴. En otras palabras, hay abuso cuando se contravienen los principios generales en materia de responsabilidad civil y deben ser sancionados de acuerdo a estas normas ya que constituye una fuente más de responsabilidad.

Esta doctrina concibe el abuso de derecho como un ilícito civil el cual debe sujetarse a las normas generales de responsabilidad extracontractual y que da origen a una obligación de indemnización de perjuicios⁵⁵. Alessandri comenta que “hay abuso del derecho cada vez que su titular lo ejerce y, sin justificación legítima, daña un interés ajeno que carece de protección jurídica específica”⁵⁶, por lo que el análisis en base al fin de la norma o del móvil ilegítimo carece de relevancia.

Alessandri equipara el abuso a una faceta de la responsabilidad extracontractual sin atender a su especificidad. Para poder determinar que el ejercicio de un determinado derecho es abusivo será necesario recurrir a algún factor de atribución como la culpa o el dolo. De esta forma la conducta se sanciona en virtud de la concurrencia del factor de atribución de responsabilidad y sin sancionar el abuso de derecho en sí mismo. En virtud de la naturaleza misma del ilícito de abuso de derecho no resulta

⁵⁴ ALESSANDRI, Arturo. 1998, Tratado de derecho civil: partes preliminar y general 1895 - 1975 Op. cit., p. 349.

⁵⁵ ISLER, Erika. 2011, La relatividad de los derechos subjetivos de los consumidores, Revista de Derecho, Volumen XXIV, (nº2), p. 67.

⁵⁶ ALESSANDRI, Arturo. 1998, Tratado de derecho civil: partes preliminar y general 1895 - 1975, Op. cit., p. 349.

adecuada o suficiente la aplicación de las reglas generales en materia de responsabilidad.

2.1.3. Doctrina de la desviación de la norma.

El jurista francés del siglo XX, Jean Dabin, señala que el ejercicio abusivo de un derecho no puede ser asimilado, por ejemplo, al ejercicio culposo o doloso de un derecho, debido a que no es una actuación en sí misma ilegal.

La teoría del abuso del derecho es una sanción a la contravención de una limitación interna del derecho producto del mal ejercicio del derecho de libertad. Lo que se sanciona, a grandes rasgos, es la extralimitación a una libertad en general que se traduce, en lo que Jean Dabin denomina como un “uso inmoral”.

El abuso de derecho no implica una ilicitud expresa al derecho subjetivo ejercido sino más bien una trasgresión al deber genérico y que por ende vuelve el acto en ilícito. Cuando se ejercita un derecho de forma abusiva no se contraviene el ordenamiento jurídico en cuanto cuerpo de reglas obligatorias, sino que se contraviene el derecho en general. El derecho “en nombre del cual el titular de un derecho determinado puede ser

acusado es necesariamente una norma de *otra especie* que la de la *juridicidad*, una norma concurrente y, en ciertos aspectos, reguladora de la primera. (...) Existe una legitimidad distinta a la *legitimidad jurídica* (o *juridicidad*): la legitimidad *moral*⁵⁷.

Esta legitimidad moral se compone de aquellos deberes que tenemos gracias a nuestra dimensión social, los deberes que tenemos para con los otros. El deber genérico se refiere al deber de cuidado que establece “no dañar un interés existencial ajeno”⁵⁸. Lo que se condena es “la intención de causar daño, o la indiferencia demasiado absoluta ante el daño, que vicia moralmente un acto que en sí mismo es legal, no obstante el daño probable o incluso cierto que puede causar”⁵⁹. Esta *intención de dañar* es lo que vuelve el ejercicio en inmoral, y por lo tanto en abusivo.

El abuso de derecho conforma un ilícito en sí mismo y tiene una importante dimensión moral lo cual se plasma en el rol que juega la intención del agente. Lo que se sanciona es la conducta antisocial por lo que esta doctrina nos muestra que el abuso es un correctivo moral frente al ejercicio del derecho.

⁵⁷ DABIN, Op. cit., p. 365.

⁵⁸ FERNÁNDEZ, Op. cit., p.5.

⁵⁹ DABIN, Op. cit., p. 372.

2.1.4.El estado actual de la discusión sobre el concepto de abuso en el derecho civil.

Como dijimos anteriormente, no podemos desconocer la naturaleza de los derechos subjetivos al analizar el ilícito de abuso. La mayor “dificultad de la doctrina del abuso de derecho reside en que cualquier limitación al ejercicio del derecho subjetivo debe ser consistente con el reconocimiento de un poder de discreción en su ejercicio, que no puede ser juzgado en su mérito, porque significaría desnaturalizarlo como expresión de autonomía del titular. Más bien se trata de juzgarlo con la ilegitimidad del interés que se pretende validar con fundamento en el derecho”⁶⁰.

La estructura del ilícito de abuso debe comprender el carácter individual y colectivo de los derechos subjetivos. Si bien se sanciona el uso antisocial de un derecho, esta sanción debe aplicarse cuando el ejercicio de un derecho es antisocial a tal punto que resulte inaceptable. El derecho subjetivo no puede alejarse del “libre uso que es inseparable de él”⁶¹. No puede sancionarse todo ejercicio de un derecho que no cumpla a cabalidad la finalidad de la norma sino sólo aquellos en que la desviación del fin de la norma resulta sustancial y grave en atención al valor y ámbito de discreción del núcleo del derecho en conflicto⁶².

⁶⁰ BARROS, Enrique. 2006, Tratado de responsabilidad extracontractual, Op. cit., p. 626.

⁶¹ DABIN, Op. cit., p. 363.

⁶² BARROS, Enrique. 2006, Tratado de responsabilidad extracontractual, Op. cit., p.650.

La dimensión colectiva de los derechos les da su reconocimiento pero también les impone un deber. Tal deber genérico es el de no perjudicar a la colectividad, lo que se traduce por ejemplo, mediante la imposición de principios. Sancionar actos abusivos concuerda con los principios generales del derecho ya que “el sustento jurídico para no amparar acciones descritas como actos abusivos estaría dado, en el más amplio nivel, por la buena fe, la equidad, la finalidad económico social de las instituciones jurídicas, por los valores éticos, en general, y por la solidaridad, en especial”⁶³.

Los derechos subjetivos tienen limitaciones las cuales pueden provenir de una norma expresa (limitación externa), como también del contenido y naturaleza misma de los derechos subjetivos, lo que implica que la moral, la buena fe o incluso la justicia pueden ser limitaciones internas.

La sanción por abuso corresponde a una limitación interna y sólo puede ser aplicable cuando “el comportamiento del titular atenta contra estándares mínimos de conducta. En circunstancias que estos estándares no pueden ser expresados en reglas que establezcan condiciones precisas de su aplicación, resulta inevitable una referencia a ideas normativas que la ley

⁶³ FERNÁNDEZ, Op. cit., p.22.

sólo puede expresar en la forma de cláusulas generales”⁶⁴. Estas cláusulas generales se han establecido en nuestro ordenamiento a través de los principios de buena fe, las buenas costumbres y el orden público.

Habrá abuso cuando el individuo, a pesar de actuar dentro de la esfera de su derecho, lo haga contraviniendo limitaciones internas, como por ejemplo los principios generales o el orden público. En materia contractual “el abuso de instituciones jurídicas está limitado por el orden público, especialmente por el orden público económico, que está configurado por las instituciones jurídicas funcionalmente vinculadas entre sí de la autonomía privada y la libre competencia”⁶⁵.

De todas formas, encontrar una definición exacta en cuanto a la aplicación y límites de esta teoría puede ser incluso contradictorio con la figura misma del abuso debido a que el abuso de derecho se configura como un ilícito residual y a su vez maleable siendo casi imposible alcanzar una descripción más precisa.⁶⁶

⁶⁴ BARROS, Enrique. 2006, Op. cit, Santiago, Ed: Jurídica de Chile, p. 627.

⁶⁵ BARROS, Enrique. 2006, Ob cit, Santiago, Ed: Jurídica de Chile, p. 650.

⁶⁶ RODRIGUEZ, Lino. (sin año), El abuso del Derecho, Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, México D.F., p. 22.

2.2. Derechos no susceptibles de abuso.

Todos los derechos pueden ser ejercidos de una forma indebida. Todos los derechos tiene una limitación externa, pero no todos los derechos subjetivos están limitados internamente. Como ya vimos, la limitación interna del derecho subjetivo es lo que da pie para que exista un abuso. Si no hay limitaciones internas no puede abusarse de tal derecho.

Existen derechos subjetivos carentes de esa limitación interna. Esto implica que pueden ser ejercidos por su titular de la forma que éste quiera y sin que esto sea relevante para el legislador. La doctrina ha denominado estos derechos como *absolutos* o *potestativos*. “Se excepcionan de la posibilidad de configurar un abuso del derecho el ejercicio de aquellos que se denominan derechos absolutos respecto de los cuales su titular los puede ejercer arbitrariamente y con cualquier propósito”⁶⁷.

Con el término *absolutos* la doctrina se refiere al hecho de poder ser ejercidos por su titular con el mayor grado de discrecionalidad posible, aún en desmedro de terceros, sin importar el fin de la norma o las intenciones del titular. Son derechos respecto de los cuales “el legislador ha deseado

⁶⁷ ILLANES, Op. cit., p. 84.

que se ejerzan con toda libertad”⁶⁸. Si bien constituyen la excepción, en la práctica será labor del juez determinar si el derecho es absoluto o no.

Algunos ejemplos de estos derechos absolutos son:

- El derecho del mayor a dar autorización frente al matrimonio del menor (art. 112 del CC),
- El derecho del comunero para pedir la división de la cosa común no habiéndose estipulado lo contrario (art. 1184 CC),
- El derecho del marido para revocar la autorización general o especial que haya concedido a la mujer (art. 141 CC), o,
- El derecho de la mujer para negarse a la guarda (art. 514 n°5 CC).

Desde otra perspectiva, son también derechos absolutos para estos efectos, aquellos en que el legislador previó todo posible conflicto o situación. No habría cabida a la teoría del abuso en los casos en que el legislador no deja espacio para la discrecionalidad del titular del derecho, en los cuales no existe un campo de acción en virtud del cual el titular pueda actuar de forma abusiva o no. La teoría del abuso de derecho recula ante el mandato específico del legislador.

⁶⁸ Ibid., p. 84.

Paralelamente, se puede identificar más fácilmente la conducta abusiva cuando nos enfrentamos a los denominados *derechos-función*, “aquellos derechos que son reconocidos al titular a efectos de que cumpla un deber de cuidado respecto de otra persona o de un patrimonio ajeno. La función configura en estos casos el contenido del derecho y también actúa como límite a su ejercicio abusivo”⁶⁹.

La posibilidad de abusar de un derecho subjetivo dependerá del campo de acción que se otorgue al titular. La limitación dentro del campo de acción otorgado dependerá del contenido del derecho, y de su función.

2.3. Rol de la intencionalidad.

La intención del agente es un elemento que se encuentra en el origen de la teoría del abuso en el concepto de *motivo ilegítimo* o del ejercicio *inmoral* o *desviado* de un derecho. Para una parte de la doctrina el elemento “intencionalidad” no es sólo un elemento más, sino que es aquel determinante a la hora de establecer la desviación del fin de la norma lo que lo constituye la piedra angular de la teoría del abuso. Algunos, incluso han

⁶⁹ BARROS, Enrique. 2006, Tratado de responsabilidad extracontractual, Op. cit., p. 642.

llegado a decir que la “intención de dañar constituye el elemento esencial de la teoría de los abusos del derecho”⁷⁰.

2.4. Relevancia del elemento intencional.

La intención de dañar constituye un elemento que tradicionalmente ha representado la forma típica del abuso y es también el elemento que se encuentra en el origen de la teoría⁷¹. Este elemento refleja el deber jurídico general que establece la prohibición de dañar a otros.

Un acto lícito se vuelve ilícito con la sola intención de dañar debido al desequilibrio creado por el agente, quien “pone su derecho al servicio de un fin invariablemente antisocial”⁷². El acto se vuelve antisocial en virtud de la intención del titular del derecho, la intención que desvía el ejercicio del derecho lejos del fin de la norma.

La doctrina ha sido uniforme en afirmar que dentro de la teoría del abuso de derecho lo que se sanciona no es solamente la intención del agente. El abuso de derecho se refiere a la contravención de un límite

⁷⁰ MARKOVITCH, Op. cit., p. 129. Traducción libre: “l’intention de nuire constitue l’élément essentiel de la théorie de l’abus des droits”.

⁷¹ JOSSERAND, Op. Cit., p. 341.

⁷² MARKOVITCH, Op. cit., p. 132. Traducción libre: “met son droit au service d’un but invariablement antisocial”.

interno del derecho subjetivo. Y dicha contravención puede provenir de la intención dañina del titular. No obstante, este elemento subjetivo considerado desde el móvil particular del titular, no sólo es difícil de probar sino que calificarlo caso a caso resulta imposible. Por lo que pedirle al juez que considere el móvil del titular del derecho resulta impracticable.

Como señalamos anteriormente, la teoría del abuso conlleva una dimensión tanto subjetiva como objetiva. En la dimensión subjetiva reconocemos el elemento intencional que se refiere al móvil del agente para ejercer su derecho de una forma antisocial. Por otro lado, en una dimensión objetiva se puede definir que existió abuso cuando hubo contravención a algunos de los principios generales, la buena fe, o las buenas costumbres, entre otros. El derecho tiene por objeto sancionar las conductas exteriorizadas y no inmiscuirse en el simple querer de los sujetos. De esta forma la dimensión subjetiva del abuso ha reulado frente a la necesidad de abarcar situaciones en las cuales el móvil del agente no puede probarse o no es determinante para calificar de *antisocial* el ejercicio de un derecho. Por esta razón es que se ha tendido a calificar de abusivas conductas utilizando parámetros objetivos. El elemento intencional se evaluará también dentro de esta dimensión objetiva.

Hoy en día, la teoría del abuso de derecho ha experimentado un proceso de objetivación tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal⁷³. Tal objetivización implica que para determinar si la conducta es abusiva o no, es necesario analizar los hechos y circunstancias que revisten la conducta como también analizar la norma en cuestión pero sin necesidad de acudir al móvil específico y subjetivo del agente.

El problema radica en que analizar el abuso desde la perspectiva de la intención del agente puede llevar a desnaturalizar el derecho subjetivo, a no reconocer la discrecionalidad que el titular detenta. El elemento intencional se encuentra en el origen de la teoría del abuso de derecho pero es necesario reconocer que al ordenamiento le importan las conductas externas y por lo mismo, es que se ha llevado a establecer otras categorías para determinar cuándo hay efectivamente abuso.

2.4.1. Aplicación del elemento intencional.

Con las sentencias francesas de Colmar y de Lyon de mediados del siglo XIX el abuso del derecho adquiere importancia.

⁷³ FERNÁNDEZ, Op. cit., p.10.

La sentencia de Colmar de 1855, versa sobre un conflicto vecinal en virtud del cual uno de los propietarios de los terrenos contiguos habría construido una chimenea que bloqueaba la ventana del otro, a pesar de que la chimenea no tenía uso alguno. La Corte finalmente resuelve que, si bien el derecho de propiedad es un derecho de algún modo absoluto, autorizando el uso y abuso de la cosa, hay que tener en cuenta que este derecho debe tener como límite la satisfacción de un interés serio y legítimo. Por lo mismo, concluyó que era necesario destruir la chimenea.

En la sentencia de Lyon que también data de mediados del siglo XIX la Corte también se pronunció sobre un conflicto entre vecinos. Un vecino habría instalado una bomba de succión en su terreno con el único propósito de vaciar un estanque de agua que se ubicaba dentro de la propiedad de su vecino y desde donde bebían los animales de éste último. El agua que sacaba era derramada en el campo sin ningún uso en particular. El tribunal declaró que tal conducta era un abuso de un derecho subjetivo y obligó a retirar la bomba extractora e indemnizar al vecino por los daños producidos.

En ambos casos el requisito de intencionalidad aparece dentro del marco de la falta de seriedad o la falta de utilidad que habrían tenido las acciones del demandado. Se cumple el requisito intencional por el hecho de probar que no existió un provecho y en concreto, no hubo un motivo legítimo para actuar.

En la práctica, el elemento de intencionalidad ha sido tomado por algunos como una forma que puede revestir el requisito de antisocialidad. Siendo posible que la antisocialidad de la conducta se alegue al probar indistintamente:

- “1° Intención de dañar;
- 2° Culpa en la ejecución;
- 3° Ausencia de interés legítimo;
- 4° Anormalidad en el ejercicio;
- 5° Ruptura del equilibrio;
- 6° Desvió del derecho en su función social”⁷⁴.

La jurisprudencia española por su lado, señaló en un fallo del año 1944 que una “acción es abusiva siempre que se den conjuntamente las circunstancias siguientes”:

- “uso de un derecho objetivo o externamente legal”,
- “daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica” e,

⁷⁴ MARKOVITCH, Op. cit., p.126. Traducción libre: “1° Intention de nuire; 2° Faute dans l’exécution; 3° Défaut d’intérêt; 4° Anormalité de l’exercice; 5° Rupture d’équilibre; 6° Détournement du droit de sa fonction sociale”.

- inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada de forma subjetiva”⁷⁵.

La jurisprudencia española percibía la necesidad de que concurra el elemento antisocial, pero sin explicar a qué se refiere éste.

Dentro de la jurisprudencia nacional también se ha hecho presente éste elemento al señalarse que “cualquiera sea el ámbito de la doctrina sobre el abuso del derecho, dolo, culpa o negligencia, irracionalidad en su ejercicio, falta de interés o necesidad legítima, intención del agente en perjudicar o con desvío de los fines de la institución para los que fue concebida o incluso aplicado a procedimientos judiciales, es evidente que, de parte del agente causante del mal, debe existir un ánimo manifiesto de perjudicar o una evidente falta de interés o necesidad de lo que promueva o un actuar motivado por el afán de causar perjuicio a su contraparte o cocontratante. Esta intención de perjudicar no sólo debe manifestarse como es lógico cuando se actúa en la órbita de la responsabilidad extracontractual, sino también para el caso en que el acto se ejecuta excediendo el interés jurídicamente protegido”⁷⁶.

⁷⁵ ATIENZA, Manuel. 2004, El sentido del Derecho, Op. cit., p. 42.

⁷⁶ C. Suprema, Inmobiliaria Nacional Ltda. c/ Centrobanco, rol n°2078-92, 9 noviembre 1992, § 4.

La intencionalidad es un elemento que se hace presente dentro de los análisis hechos por la jurisprudencia tanto en el siglo XX como en la actualidad. Ésta se hace presente como requisito en sí mismo para probar la conducta abusiva, como también a través de la necesidad de probar otros elementos que nos llevan a determinar este ánimo antisocial lo que en definitiva debe evaluarse en relación al interés protegido por el derecho subjetivo.

La intencionalidad está en el centro de la teoría del abuso desde un punto de vista subjetivo. No obstante, si consideramos el abuso desde la perspectiva objetiva, el elemento intencional se traduce en la antisocialidad de la conducta. Antisocialidad que puede determinarse en base a los efectos de la conducta o también en relación a las circunstancias que la rodean. Para distinguir el uso del abuso de un derecho, deberemos atenernos a lo que se ha exteriorizado.

2.4.2. ¿Cómo se materializa el elemento volitivo?

En materia civil esta objetivización se traduce en tomar en cuenta los principios generales del ordenamiento jurídico para determinar el carácter antisocial de la conducta a través de hechos concretos y no sólo atender al móvil del agente. Este criterio resulta concordante con el carácter

indeterminado de la noción misma de abuso y permite que la aplicación de este ilícito no sólo sea posible sino que también no resulte arbitraria.

Para determinar cuándo estamos frente a una intención antisocial que vuelve el acto en abusivo creemos necesario acudir a los principios generales lo que nos permitirá dilucidar cuando hay un ejercicio desviado del fin social de la norma. Acudir a “las costumbres y a la razón compartida espontáneamente por la comunidad”⁷⁷, para esclarecer la desviación en el ejercicio del derecho se traduce en analizar la buena fe, las buenas costumbres, el orden público y todos aquellos conceptos que “gracias a su generalidad, (...) constituyen directivas que se aplican a un número indefinido de situaciones”⁷⁸. Además, estos conceptos son independientes del querer particular del individuo, por ejemplo la buena fe se trata de “de un principio que integra el espíritu general de toda nuestra legislación”⁷⁹ lo que permite un menor riesgo de arbitrariedades por parte del juez.

Aunque tienen filiación romana, el contenido normativo de estos conceptos ha variado con el tiempo⁸⁰. Expresan valoraciones que resultan de una normatividad social que no se expresa en reglas precisas, pero cuya vigencia se muestra usualmente con naturalidad cuando el estándar es

⁷⁷ BARROS, Enrique. 1999, Límites de los derechos subjetivos privados. Introducción a la doctrina del abuso de derecho, Op. cit., p. 19.

⁷⁸ BARROS, Enrique. 2006, Tratado de responsabilidad extracontractual, Op. cit., p. 628.

⁷⁹ CORRAL, Hernán. 2007, La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno, Revista de Derecho Privado (Universidad Externado de Colombia), (Nº 12-13), p. 166.

⁸⁰ BOETSCH, Cristian. 2011, La buena fe contractual, Santiago, Ed: Jurídica de Chile, p.41 y ss.

infringido. No se trata de una delegación a la libre apreciación del juez, sino de invocación de percepciones compartidas acerca de lo que es correcto y de lo que es inaceptable⁸¹.

El carácter adaptable de la noción de *abuso* permite al legislador no prever todo tipo de conducta que deba ser sancionada. Una norma expresa que regule la figura de abuso sería contradictoria con la naturaleza misma del ilícito. A través de los principios generales, las buenas costumbres y la buena fe, es posible encontrar una forma de determinación de la conducta apelando al ordenamiento jurídico y sin otorgarle al juez facultades discrecionales. Al tomar estos elementos para determinar la existencia de abuso, deja de ser relevante la intención particular del agente; la intención se determinará a través de parámetros compartidos por la sociedad o comunidad, sin atender a la especificidad del titular del derecho.

La doctrina ha reconocido que los casos en que se actuó con la sola intención de dañar constituye un ejercicio abusivo del derecho. La sola intención de dañar, la inexistencia de provecho alguno para el titular, el beneficio desproporcionado del titular en comparación con el perjuicio resultante, entre otras figuras, pueden llevar a concluir que estamos ante un ejercicio abusivo del derecho. Lo anterior se debe a que el hecho de actuar con el único objeto de dañar a alguien, por ejemplo, es contrario a la buena

⁸¹ BARROS, Enrique. 1999, Límites de los derechos subjetivos privados. Introducción a la doctrina del abuso de derecho, Op. cit., p.19

fe. “Numerosas sentencias señalan que existe abuso del derecho cuando hay intención de perjudicar a alguien; lo que no significa que no haya abuso del derecho si no existe esta intención”⁸². Estos parámetros dados por la jurisprudencia o por el legislador junto con un análisis de las circunstancias nos pueden llevar a establecer la concurrencia de una intención abusiva y del ilícito de abuso de derecho.

2.5. Relación entre la noción de abuso el dolo y la culpa.

El intento por objetivizar el análisis de una conducta ha llevado a equiparar el abuso de derecho con determinados ilícitos con el objeto de alcanzar una forma certera de aplicación del abuso de derecho. A continuación nos detendremos en los alcances de la teoría del abuso de derecho respecto del dolo y de la culpa.

2.5.1.Dolo.

El dolo en materia civil es una institución que reviste diversas formas. Se ha concebido como un elemento subjetivo de la responsabilidad civil (artículo 2284 del CC), como un vicio de la voluntad (artículo 1458 y

⁸² FIGUEROA, Op. cit., p. 284.

1459 del CC), e incluso como una agravante dentro de la responsabilidad civil (artículo 1558 del CC).

Existe una teoría unitaria del dolo por la cual se entiende que es la misma concepción de dolo que adopta diversos roles dependiendo del contexto en el cual se sitúe. Esto se ve apoyado en el hecho de que el legislador lo definió expresamente en el título preliminar del CC, en el artículo 44 como la “intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”, por lo que tiene una aplicación general. Paralelamente, el dolo se ha definido en doctrina como la “voluntad consiente de producir un resultado injusto y dañoso”⁸³.

Al ser el dolo un mismo concepto que atraviesa nuestro ordenamiento vale la pena recabar cuáles son los elementos esenciales del mismo. De acuerdo a lo señalado por Ramos Pazos, el dolo “siempre importa una intención dirigida a perjudicar a otro; el efecto del dolo en cualquier campo tiende a restablecer la situación anterior a él (...); las regla que gobiernan el dolo son las mismas”⁸⁴ y es de aplicación general en virtud de lo señalado anteriormente.

⁸³ FUEYO, Fernando. 1958, De las obligaciones, Santiago, Ed: Universo, p. 291.

⁸⁴ RAMOS PAZOS, René. 2004, De las obligaciones, Santiago, Ed: Lexis Nexis, p. 153.

Por el hecho de ser la intencionalidad propia de la figura de dolo, el abuso se ha equiparado a él y específicamente al dolo directo. En ambos, el propósito de dañar es lo que motiva la acción y debido a ello se vuelve ilícita a pesar de que el derecho subjetivo resguarda dicha acción⁸⁵.

Si bien en el abuso y en el dolo está presente el elemento intencional, no podemos decir que son equivalentes. En ambos casos se tilda de antijurídica la conducta por existir una intención no querida por el legislador pero esta intención debe tener por objeto dañar a la persona o propiedad de otro en el caso del dolo, mientras que en el abuso esta intención debe ser dañina pero sin necesidad de que efectivamente busque dañar a alguien en su patrimonio.

Para probar que existió dolo, es necesario probar la intención de dañar. En cambio, en el abuso de derecho no será necesario probar la intención de dañar ya que es sólo una de las formas de demostrar el carácter antisocial de la conducta, pudiendo probar el elemento intencional del abuso mediante el análisis del derecho mismo y de las demás circunstancias que rodean la conducta en conflicto.

⁸⁵ BARROS, Enrique. (2002), Edición del curso de diplomado sobre responsabilidad extracontractual, p. 92 letra b.

Algunas doctrinas han intentado establecer la intención dañina mediante la prueba del dolo, la cual, acompañada con la desviación del derecho que se ejerce, lleva a configurar el abuso. Hoy en día ese desafío se ha subsanado en base a la posibilidad de establecer la existencia del abuso sin necesidad de acudir a conceptos subjetivos. El dolo tiene una clara dimensión subjetiva, mientras que el abuso tiene una dimensión tanto objetiva como subjetiva. Esto quiere decir que el carácter antisocial de la conducta puede ser probado tomando en cuenta elementos objetivos como la conducta en sí misma y sus efectos, sin necesidad de probar el móvil del agente.

El legislador ha tendido a dar herramientas para subsanar los problemas que esta subjetividad conlleva en el caso del dolo, entregando alternativas en cada una de sus dimensiones. Una de estas herramientas ha sido plasmada mediante la implementación de casos en que se presume el dolo⁸⁶, al equiparar el dolo con la culpa grave⁸⁷, o al permitir que también la culpa pueda también ser probada en caso en el caso de los delitos civiles, que la culpa pueda ser utilizada en los casos de los vicios del

⁸⁶ Por regla general el dolo en materia civil no se presume (artículo 1459 del CC). sin embargo esto ha llevado a que la prueba del dolo por parte de quien lo alega se vuelve muy difícil o incluso imposible. Para sopesar esta dificultad es que el legislador ha permitido que en ciertas ocasiones el dolo se presuma: 1) Art. 1301 CC: albacea que lleva a efecto disposiciones testamentarias contrarias a ley, 2) Art. 968 N° 5 CC: ocultación del testamento, 3) Art. 2261 CC: en la apuesta, cuando se sabe que se va a verificar o se ha verificado el hecho, 4) Art. 94 N° 6 CC: en la muerte presunta (ocultar la muerte o existencia), 5) Art. 280 CPC: solicitar medida precautoria prejudicial y no demandar dentro de plazo.

⁸⁷ El artículo 44 del CC define lo que se entiende por culpa grave y equiparándola al dolo en su inciso final. La doctrina no es conteste en el hecho de si esta afirmación tiene alcance en materia probatoria.

consentimiento o incluso que la mora y el incumplimiento puedan también configurarse con la sola prueba de la culpa.

El legislador, ante el problema de lidiar con el elemento intencional subjetivo del abuso de derecho toma medidas al igual como lo hizo en relación al dolo. En el abuso de derecho bastaría que la conducta por sí misma desde un punto objetivo pueda ser catalogada de inmoral o antisocial y por ende, abusiva⁸⁸ y tales parámetros objetivos han podido plasmarse en las nociones de daño desproporcionado, de falta de beneficio para el titular del derecho que se ejerce, entre otros.

2.5.2. Culpa.

Como vimos anteriormente la culpa ha sido una herramienta alternativa dada por el legislador ante los problemas que puede generar la prueba del dolo. Esto es una clara manifestación de que el legislador otorga una alternativa objetiva para la identificación de situaciones ilícitas que radican en instituciones cuyo elemento de origen es subjetivo.

⁸⁸ ATIENZA, Manuel. 2000, Ilícitos atípicos: sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder, Madrid, Ed: Trotta, p. 56.

La culpa es definida en el artículo 44 del CC como “la falta a aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”. Por el hecho de faltar la diligencia exigida, el agente se hace responsable de los daños que resulten de su actuar negligente. En definitiva, la culpa es entendida como aquella “falta de diligencia de una persona en el cumplimiento de una obligación o en la ejecución de un hecho”⁸⁹.

La culpa es un concepto abstracto por lo que no se toman en consideración las aptitudes del individuo ni sus limitaciones a la hora de establecer la conducta esperada⁹⁰. Se toma en consideración la capacidad de ejercicio, y en función de esto se construye el estándar esperado. Ésta se mide en concreto, ya que la “imputación de la negligencia es objetiva, con la consecuencia de que el juicio de disvalor no recae en el sujeto, sino en su conducta”⁹¹, lo que implica que la noción de culpa es objetiva⁹²,

⁸⁹ ABELIUK, René. 2008, De las obligaciones, Tomo II, Santiago, Ed: Jurídica de Chile, p. 821.

⁹⁰ Los únicos elementos propios al individuo que se toman en consideración son la capacidad y la libertad del agente. Estos también se pueden definir de forma objetiva al estar instituida la capacidad como la regla general y los casos de incapacidad específicamente determinados por ley (arts. 1446 y 1447 del CC). La libertad por su lado puede ser también determinada en función de las garantías constitucionales establecidas en los numerales del art. 19 de la CPR y los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico en general.

⁹¹ BARROS, Enrique. 2006, Tratado de responsabilidad extracontractual, Santiago, Ed: Jurídica de Chile, Op. cit., p. 78.

⁹² La concepción de culpa en cuanto objetiva no es materia actual de debate por la doctrina. Sin embargo para algunos juristas la culpa lata tiene un origen subjetivo de acuerdo a lo señalado en el Digesto (libro 16, título 3, párrafo 32) que describe la culpa lata como “intencionalmente antijurídica” en contraposición al dolo en el cual la intención iba dirigida a otra persona o el patrimonio de otra persona. DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso. 1955., El dolo en el derecho civil, Ed: Revista de Derecho privado, Madrid, , p. 9 – 10.

Esto último se asemeja muchísimo a cómo se ha tratado hoy en día la figura del abuso, el cual en su origen conlleva un elemento subjetivo pero cuyo análisis se hará de forma objetiva.

Por su lado, la doctrina del móvil ilegítimo ha hecho alusión a la culpa del agente como un elemento que puede llevar a determinar cuándo una conducta es abusiva. Si la conducta es culposa y a la vez contraviene el fin del derecho, la conducta es abusiva. La culpa nos permite evaluar la intención del agente pero de acuerdo a esta teoría no sería suficiente para constituir el abuso de derecho.

Desde nuestra perspectiva es necesario diferenciar una conducta culposa de una abusiva, no siendo la culpa necesaria para la configuración del abuso de derecho. Así también lo ha concebido la Corte Suprema entendiendo que “la falta o el abuso grave se configura con la existencia del ejercicio desviado del fin asignado lo que acarrea perjuicio al agraviado, sin que sea necesaria la presencia de un factor de atribución subjetivo o intencional; esto es, que la conducta censurada o el acto procesal que se pretende, independiente que medie culpa o no, objetivamente se aparte del propósito final”⁹³.

⁹³ C. Suprema, Rosa Arias c. Ortiz, rol n° 22267-2014, § 7.

En el intento por establecer la imputación de responsabilidad se ha tendido a tildar la conducta abusiva de culposa o dolosa a pesar de que tales ilícitos tiene por objeto sancionar diferentes aspectos de una conducta. El elemento intencional del abuso es difícil de probar y por lo mismo se han entregado herramientas en virtud de las cuales el juez puede utilizar parámetros objetivos para sancionar, tales como la falta de utilidad del titular, la desproporción en el daño, entre otros.

2.6. Cómo determinar la existencia del abuso de derecho.

Como señalamos anteriormente, el abuso es un correctivo ante el mal ejercicio de un derecho. Ejercicio que desde un punto de vista formal resulta plenamente lícito pero que en atención a los límites internos del derecho subjetivo se vuelve antijurídico. La sujeción a los principios generales del derecho y en especial al principio de la buena fe resulta una forma de detección de conductas abusivas. El principio de la buena fe tiene una importante dimensión social lo que concuerda con la finalidad misma del ilícito de abuso de derecho por lo que a continuación lo analizaremos con mayor detalle.

2.6.1. Buena fe y abuso de derecho.

La buena fe es un concepto propio del Derecho romano, desarrollado por el derecho canónico y por el positivismo, hasta llegar a la concepción actual.

La buena fe se desarrolla con el objeto de apaciguar el principio de la autonomía de la voluntad⁹⁴, luego de la exaltación del individualismo, pero es el Derecho canónico⁹⁵ que le da el carácter de principio general del derecho.

El positivismo acude al concepto de buena fe como una forma de poder regular situaciones merecedoras de sanción, pero que no pudieron ser reguladas por una disposición jurídica. Ante la imposibilidad del legislador para regular todos los escenarios posiblemente existentes o que se pudiesen llegar a producir en el tráfico jurídico; éste fue llevado a recurrir a los

⁹⁴ Como señalamos anteriormente, en el derecho post revolucionario existe una preponderancia del individualismo y con ello una exaltación de la autonomía de la voluntad. El individuo y su libertad son aquellos aspectos que el ordenamiento jurídico busca proteger primordialmente. Por lo mismo es que durante este periodo no se desarrollan doctrinas en virtud de las cuales el individuo sea limitado dentro el ejercicio de su derecho.

⁹⁵ El Derecho canónico le otorga a la buena fe un contenido moral y religioso. La buena fe conlleva un contenido religioso a tal punto que éste es concebido “como todo aquello en el cual no habría pecado”. [BOETSCH, Op. cit., p.41 y ss].

principios generales para usarlo como medio para encontrar soluciones a situaciones no reguladas expresamente⁹⁶.

El principio de la buena fe nos ayuda a distinguir si el actuar de un individuo debe o no ser aceptado por el derecho ante la ausencia de una norma que regule expresamente su comportamiento. Al ser la teoría del abuso de derecho un correctivo ante la ausencia de norma expresa, podemos relacionarlo con el principio de la buena fe. Con la ayuda de este principio general podemos discriminar cuándo existe un mero uso del derecho y cuándo existe un abuso. “No se trata de una delegación a la libre apreciación del juez, sino de una invocación de percepciones normativas ampliamente compartidas (y que razonablemente pueden ser compartidas) acerca de lo que es correcto y de lo que es inaceptable”⁹⁷.

Encontrar una definición precisa que abarque todas las aristas de la buena fe parece contradictorio con la naturaleza misma de este principio. La buena fe es “una regla que en lugar de formular una solución rígida, recurre a un parámetro flexible cuyo manejo y concreción, en cada caso, queda entregado al criterio, prudencia y sabiduría del juez de la causa”⁹⁸. Al ser la buena fe un concepto tan versátil, podemos efectivamente usarlo como una herramienta para dirimir entre una conducta abusiva y una no abusiva.

⁹⁶ BOETSCH, Op. cit., p.43.

⁹⁷ BARROS, Enrique. 2006, Tratado de responsabilidad extracontractual, Op. cit., p. 628.

⁹⁸ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. 1998, Los contratos, Parte general, T. 2, Santiago, Ed: Jurídica de Chile, p. 395.

Si entendemos que una conducta abusiva es contraria a la buena fe, una conducta realizada con mala fe podría también llevarnos a dilucidar una conducta abusiva. Sin embargo esta afirmación no resulta del todo acertada.

Dentro de nuestro CC existen múltiples normas que reflejan el principio de que “quien actúa de mala fe no puede aprovecharse de su propio ilícito” como por ejemplo en los artículos 1698 o 1458 del CC. Sin embargo el CC no define lo que debemos entender por *mala fe*.

La doctrina ha realizado ciertos intentos por definir la mala fe. Se ha concebido la mala fe como “la conciencia, reglamentada por la ley, de no haber actuado honesta y lealmente en el ejercicio de la capacidad jurídica, observando todas las condiciones exigidas por la naturaleza del Derecho o de la obligación o requeridas para el perfeccionamiento de una situación jurídica determinada”⁹⁹.

Es aquella *conciencia* que rompe con los principios generales del derecho y que contraviene el principio de buena fe. Sin embargo, la mala fe sólo se puede entender en contraposición a la buena fe posesoria establecida

⁹⁹ MEDINA, José. 1950, La buena fe en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, Memoria para optar al grado de licenciado en la facultad de ciencias jurídicas y sociales, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 134.

en los artículos 706 y 707 del CC, como una conciencia personal de actuar conforme a derecho. Por lo tanto, la mala fe hace alusión a concepto subjetivo que toma en consideración el querer interno del sujeto. Esto se ve relacionado con la doctrina del móvil ilegítimo, por ejemplo, pero no así con la necesidad actual de objetivización del elemento intencional ni con los objetivos mismos del derecho que es sancionar las conductas externas de los individuos. La mala fe no alude a la buena fe objetiva la cual es entendida como el “parecer unánime de las personas razonables y honradas, que se ve en los usos sociales”¹⁰⁰.

La mala fe se relaciona con el abuso de derecho en cuanto va de la mano con la estructura maleable de éste último¹⁰¹. Al igual que la buena fe, la mala fe es un correctivo social, versátil y adaptable pero que obedece a un elemento subjetivo y psicológico. Por lo mismo es que puede actuar como un límite interno al derecho subjetivo develando la intención dañina del agente tal como lo entiende la doctrina del móvil ilegítimo. A pesar de tener estos puntos en común, con la evolución que ha sufrido el elemento intencional, nos parece una alternativa poco eficiente y de difícil aplicación que tampoco permite alcanzar los objetivos del ilícito de abuso de derecho que es el resguardo de los límites internos de los derechos subjetivos desde una perspectiva que efectivamente importe al derecho.

¹⁰⁰ VON THUR, Andreas. La buena fe en el derecho romano y en el actual, Revista de derecho privado, traducción de W. Roces, Madrid, (noviembre 1925), p. 340.

¹⁰¹ BOETSCH, Op. cit., p. 164.

2.6.2. Criterios para establecer la existencia del abuso de derecho.

El abuso de derecho es un ilícito que sanciona una contravención a los límites internos de los derechos subjetivos que se ejercen y que formalmente parecieran ser del todo lícitos. Frente a esto, la labor del juez resulta crucial ya que será él quien deberá detectar cuándo hay una real contravención o desvío, a la buena fe por ejemplo, pero en consideración al caso concreto.

Para esto es que se han desarrollado situaciones tipo en las cuales pareciera existir un claro abuso. De esta forma el juez puede, en atención a parámetros objetivos, detectar la existencia de un ejercicio abusivo de un derecho.

Una de estas situaciones está relacionada con la desproporción entre el perjuicio y el beneficio resultante del ejercicio del derecho subjetivo. Así, cuando el beneficio obtenido por el titular del derecho es desproporcionadamente mayor al perjuicio sufrido por el tercero, el juez podrá sancionar por abuso de derecho. Un ejemplo de esto es aquel relativo al derecho de aguas, en virtud del cual se autoriza a cualquier individuo a cavar un pozo en suelo propio, pero éste será obligado a cegararlo “si de ello no reportara utilidad alguna, o tanta que pueda compararse con el perjuicio

ajeno” (art. 56 del Código de Aguas). Esto también se ilustra en el Código Civil en la excepción de contrato no cumplido (art. 1552 del CC) y los vicios redhibitorios (arts. 1857 y 1858 del CC). Estos casos son sancionados porque “suponen extremar una facultad conferida por una norma hasta el límite de la deslealtad”¹⁰² lo que resulta contrario a la buena fe. Las facultades conferidas y extremadas en estos casos son: el derecho para cavar un pozo en suelo propio, el derecho al pago de lo convenido, o el silencio del vendedor.

Otra situación típica de abuso es el ejercicio de un derecho con el único propósito de dañar a otro. Esta hipótesis constituye una extrema contravención al principio de las buenas costumbres y al de la buena fe, sin que sea irrefutable su calidad de ilícito. Un caso paradigmático es aquel en el cual un individuo decide levantar en su propiedad una pandereta con el único objeto de tapar el sol de su vecino. Al probar la inexistencia de un beneficio para el titular se deja en evidencia el carácter abusivo del ejercicio del derecho de propiedad. Es claramente una hipótesis muy difícil de probar en cuanto el titular del derecho puede ampararse ante cualquier explicación plausible para su actuar.

Otra situación ejemplificadora del abuso de derecho es la ausencia de un interés serio. La falta de un interés serio devela el capricho en el

¹⁰² BARROS, Enrique. 2006, Tratado de responsabilidad extracontractual, Op. cit., p. 633.

ejercicio del derecho en cuestión, y por lo tanto la contravención a las exigencias morales mínimas requeridas por la colectividad y resguardadas por el ordenamiento jurídico, una contravención a las buenas costumbres.

Las situaciones descritas constituyen ejemplos típicos en los cuales puede reflejarse la existencia de un ejercicio abusivo del derecho y que permiten al juez sancionarlo con la ayuda de parámetros objetivos. Dicho parámetros objetivos responden a la necesidad del derecho por sancionar los actos externos de los individuos en el ejercicio de sus derechos y dar parámetros concretos para la calificación de la conducta como también lo hemos visto en el caso del dolo y la culpa.

Es necesario tener en cuenta que en virtud de la naturaleza maleable del abuso de derecho, son múltiples las formas que éste ilícito puede adoptar. Por lo que la guía para su determinación siempre radicará en el respeto a la buena fe, las buenas costumbres y los demás principios generales del derecho.

2.7. Paralelo entre el fraude y el abuso de derecho.

El fraude a la ley está íntimamente relacionado con la teoría del abuso de derecho ya que “ambos institutos responden (...) al mismo

principio de establecer un límite a los derechos subjetivos, aunque formalmente haya observancia de la ley”¹⁰³.

Tanto en la figura de fraude como en la de abuso, lo que se sanciona es el ejercicio incorrecto de un derecho subjetivo, el propósito torcido escondido bajo la apariencia de licitud. Tales figuras se han llegado a confundir por el hecho de que en ambos casos “se ordena por el legislador la remisión de actos cumplidos legalmente, pero con la intención de defraudar”¹⁰⁴. Tanto en el fraude como en el abuso de derecho la ilicitud está dada por la contravención, no a una norma expresa, sino que a los principios generales o el orden público.

El fraude es aquel ilícito por el cual un agente, en el ejercicio de su derecho (plenamente lícito), contraviene la finalidad otorgada por el orden público, la ley o los principios generales del derecho. En el fraude a la ley se ejercen normas jurídicas que otorgan una apariencia de licitud para perseguir fines ilícitos. Así, la estructura del fraude consiste “en una conducta que aparentemente es conforme a una norma (a la llamada “norma de cobertura”), pero que produce un resultado contrario a otra u otras normas o al ordenamiento jurídico en su conjunto (“norma

¹⁰³ BARROS, Enrique. 2006, Tratado de responsabilidad extracontractual, Op. cit., p. 651.

¹⁰⁴ RODRIGUEZ, Lino. (sin año), El abuso del Derecho, Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, México D.F., p. 12.

defraudada”)”¹⁰⁵. La norma defraudada no es una norma explícita, de lo contrario estaríamos ante un claro caso de conducta ilegal.

El fraude, a diferencia del abuso, tiene por objeto evitar la aplicación de una norma de orden público, ejerciendo derechos de una forma lícita, pero conducentes a un efecto económico que la ley pretende impedir. “La diferencia más esencial entre ambas instituciones residen en el bien protegido. El abuso supone, por lo general, una relación especial entre quien abusa de su derecho y la víctima, de modo que el bien jurídico amenazado es la buena fe en las relaciones recíprocas. El fraude a la ley, por el contrario, es un instituto que protege el imperio de las normas jurídicas imperativas y prohibitivas, haciendo prevalecer el sentido por encima de la forma. Así, puede asumirse, en general que mientras el abuso de derecho responde a una lógica típica de derecho privado, el fraude a la ley persigue cautelar el orden público”¹⁰⁶. El fraude a la ley y el abuso de derecho son instituciones que expresan la misma idea y que pueden parecer idénticas pero difieren en la subjetividad, siendo determinante en el caso del abuso la existencia de la intención dañina o de la desviación del fin del derecho subjetivo y no así la intención por eludir la regla obligatoria¹⁰⁷.

¹⁰⁵ ATIENZA, Manuel. 2000, Ilícitos atípicos: sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder, Op. cit., p. 74.

¹⁰⁶ BARROS, Enrique. 2006, Tratado de responsabilidad extracontractual, Op. cit., p.651.

¹⁰⁷ DOMINGUEZ, Ramon. 1991, Fraus omnia corrumpit, Revista de Derecho Universidad de Concepción, (volumen n°189), p. 24 y ss.

Si bien el abuso tiene una lógica privada y el fraude a la ley una lógica de orden público, ambos tienen una estructura muy similar. Al igual que en el abuso, en el fraude también existe una disyuntiva en base al carácter objetivo o subjetivo que se debe abordar. “Los partidarios de la concepción subjetiva exigen algún tipo de intencionalidad por parte de ese sujeto, mientras que quienes defienden la concepción objetiva”¹⁰⁸ entienden que la importancia del fraude radica en que exista contrariedad respecto de los principios del ordenamiento sin importar qué es lo que haya querido el sujeto.

En conclusión, en el abuso de derecho como también en el fraude a la ley, el elemento intencional tiene gran relevancia. La intención de eludir una regla obligatoria o de dañar son parte importante en estos ilícitos pero cuyo análisis no se realiza respecto del querer interno del titular del derecho sino que respecto de la conducta misma. Resulta relevante hacer la distinción respecto de estas dos instituciones que a pesar de apuntar a objetivos muy distintos, poseen una conformación muy similar lo que las ha llevado a ambas a una evolución en relación al elemento intencional hacia la objetivización.

¹⁰⁸ ATIENZA, Manuel. 2000, Ilícitos atípicos: sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder, Op. cit., p. 76.

2.8. Conducta tolerada por el legislador.

Para poder indagar en los límites internos de un derecho, resulta imperioso entender y reconocer lo que es aceptado por las buenas costumbres, por el ordenamiento jurídico y lo que es protegido por la buena fe. Este análisis va de la mano del tipo de relaciones frente al cual nos enfrentamos y de lo que el legislador espera y tolera de ellas.

2.8.1. Conducta tolerada en materia civil.

En materia civil existe un estándar de conducta determinado por el legislador. De esta forma es posible identificar si el daño proveniente de mi conducta cae o no dentro de la esfera de mi responsabilidad. Mediante la imposición de un estándar de cuidado los individuos pueden regular sus conductas de acuerdo a lo querido por el legislador con miras a un mayor beneficio social.

El legislador establece un estándar de cuidado y tal “patrón de conducta corresponde al que sigue una persona diligente, caracterizada por emplear un cuidado ordinario o mediano”¹⁰⁹. Esto se puede ver reflejado en diversos artículos del CC tales como el artículo 44 que define el dolo y la

¹⁰⁹ BARROS, Enrique. 2006, Tratado de responsabilidad extracontractual, Op. cit., p. 81.

culpa, el artículo 706 y 1546 al mostrar diversas dimensiones de la buena fe, el artículo 1547 al establecer el estándar de cuidado esperado en materia contractual, el artículo 1558 que establece el dolo como agravante de la responsabilidad contractual, entre otros. Todos estos ejemplos nos llevan a dilucidar el estándar de cuidado exigido por el legislador. “Del concepto de culpa del artículo 44 se sigue que el estándar de conducta es la culpa leve”¹¹⁰ por regla general. El estándar de cuidado variará dependiendo de si existe o no norma expresa como ocurre en el mandato en el artículo 2129 del CC por ejemplo.

El estándar de cuidado se determina mediante un análisis abstracto y sin considerar las características del individuo. Se determinará tomando en cuenta el deber genérico de lealtad y el de buena fe. Estos deberes recién mencionados son requerimientos o exigencias objetivas ya que no atienden a la individualidad del sujeto sino que a un modelo de conducta. La teoría del abuso de derecho debe responder a esto mismo y castigar los actos de los individuos con independencia de su querer interno y tomando en consideración el estándar de cuidado. En los casos en que el legislador haya otorgado una sanción expresa frente al incumplimiento del estándar de cuidado se aplicará ésta. Mientras que en los casos en que no exista una sanción expresa y se vulneren los principios generales del derecho, puede, la teoría del abuso de derecho, ser una forma de sanción. Cuando el agente actúa contraviniendo el estándar, se hace responsable de los daños que

¹¹⁰ Ibid., p. 80.

puedan producirse como consecuencia de su actuar doloso, de mala fe, fraudulento, culposo, u otro. Asimismo, quien haya actuado de forma abusiva será responsable de los daños producidos.

El abuso es una institución aplicable a los casos en que el agente actúa dentro de los límites de su derecho, pero que aun así la conducta resulta ilegal producto de no hacerlo de la forma buscada por el legislador, contraviniendo el fin económico o social de la norma. Estos elementos también pueden contribuir a establecer el estándar de cuidado querido.

El Derecho Civil regula las relaciones patrimoniales y de familia, el modelo exigido por el CC es acorde a este tipo de relaciones. En materia económica el legislador debe tomar en cuenta la competencia constante y propia de las relaciones. El estándar de cuidado dependerá de las circunstancias y del medio en que la conducta dañosa se haya realizado.

2.8.2.La conducta tolerada depende del tipo de relación.

El legislador no espera ni exige una conducta específica, sino que otorga un margen de actuación. Mediante la imposición de ilícitos se busca fomentar la conducta considerada diligente y sancionar aquellas conductas consideradas inaceptables. El abuso de derecho constituye un ilícito residual

por el hecho de abarcar conductas que no tienen una regulación y sanción prevista por la ley.

Mediante la imposición de ilícitos el legislador puede fomentar o evitar determinadas conductas. De todos modos, en relación al ilícito de abuso, “hay que distinguir nítidamente entre prohibiciones legales que afectan directamente al negocio jurídico, que lo hacen ilícito, y aquellas normas prohibitivas que se refieren al actuar jurídico negocial. Conforme a estas últimas normas prohibitivas sólo es directamente ilícito el actuar jurídico-negocial, y en cada caso habrá que comprobar si y bajo qué presupuestos también es ilícito el mismo negocio jurídico como consecuencia indirecta de la prohibición del actuar jurídico-negocial”¹¹¹. Es de interés de la teoría del abuso distinguir ante qué tipo de ilicitud nos enfrentamos y de esta forma distinguir cuáles son las condiciones que vuelven al uso de un derecho en un abuso del mismo.

El abuso es un ilícito en el cual existe una actuación en sí misma lícita pero que tomando en cuenta las demás circunstancias se torna ilícita. Por lo que será determinante que el análisis se realice en consideración de los demás factores tales como el tipo de relación que tienen los individuos en esa materia o los objetivos buscados por el legislador. En la

¹¹¹ FLUME, Werner. 1998, El negocio jurídico, Parte general de Derecho Civil, Tomo II, Madrid, Ed: Fundación cultural del notariado, traducción: José María Miquel y Esther Gómez, p. 412.

configuración de este ilícito importan la concurrencia de factores externos y diversos del mero ejercicio del derecho subjetivo.

La noción de abuso si bien tiene su origen en el derecho privado, está presente también en otras áreas del derecho. Lo vemos por ejemplo en materia de consumidor a través de las cláusulas abusivas, en el abuso de posición dominante en materia de libre competencia, entre otros. En cada una de estas materias será necesario analizar los principios que subyacen al tipo de relaciones y el tipo de ilícitos que son aplicables dependiendo de los usos sociales. Materias en las cuales “coactúan principios jurídicos y económicos muy disimiles”¹¹² lo que lleva a que el ilícito mismo se configure en función de ellos y de las costumbres propias a cada tipo de interacciones. “La sociedad ha elaborado normas que prescriben formas de comportamiento para limitar”¹¹³ los riesgos de las conductas y con ello fomentar el bienestar social.

Recordemos que una conducta diligente no es una conducta en la cual se evite todo daño posible sino que distingue “entre aquel que es consecuencia razonable de su acción y el que pone una carga excesiva para los demás”¹¹⁴. Para que una conducta sea sancionada por un ilícito es necesario que haya un beneficio social detrás de esa sanción y fiscalización.

¹¹² BARROS, Enrique. 2006, Tratado de responsabilidad extracontractual, Op. cit., p. 999.

¹¹³ COOTER, Op. cit., p. 462.

¹¹⁴ BARROS, Enrique. 2006, Tratado de responsabilidad extracontractual, Op. cit., p.119

En algunos casos ocurre que “el derecho de la responsabilidad no compensa la exposición al riesgo, por oposición a la realización del riesgo”¹¹⁵. Establecer un ilícito demasiado restrictivo podría llegar a desincentivar conductas que pueden ser beneficios para la comunidad.

Por ejemplo, en libre competencia, el legislador asume que los agentes compiten entre ellos y que buscan ganar a costa del otro competidor. El derecho de la libre competencia parte “de una constatación básica: dejados a su libre desenvolvimiento, los agentes económicos tienen buenos incentivos y la capacidad real de dejar de competir, perjudicando el bienestar social. Por ello es necesario que el Estado intervenga para lograr que los mercados funcionen correctamente”¹¹⁶. Tomando en consideración esta lógica económica y mercantil el legislador debe propender a que las condiciones de competencia tengan un grado de justicia y sean eficientes para la colectividad. El ilícito económico y de abuso no puede desconocer aquella lógica, de otra forma podría llegar a desincentivar los agentes a desarrollar el mercado y desincentivar los objetivos mismos de la legislación en tal materia.

¹¹⁵ COOTER, Op. cit., p. 451.

¹¹⁶ GARCÍA, William. 2010, Manual de la Libre Competencia, Tomo I, Santiago, Ed: Thomson Reuters, p. 24.

2.9. Abuso en otras ramas del derecho.

La teoría del abuso de derecho se ha desarrollado tradicionalmente dentro del derecho privado a pesar de que esta teoría es aplicable a todo el ordenamiento. Esto ha sido confirmado por la Excma. Corte Suprema quien ha señalado que “todos los derechos subjetivos son susceptibles de ser desviados de su uso regular, y cuando ello acontece se produce un mal uso o abuso de los mismos. Por eso, el abuso del derecho se ha inscrito dentro de la teoría general jurídica, de manera que su influjo se extiende a todas las ramas de dicho ordenamiento”¹¹⁷.

Al ser una sanción ante el mal uso de un derecho subjetivo, el abuso de derecho puede adquirir diversos tintes dependiendo de los objetivos buscados por el legislador en la materia. A continuación veremos someramente algunos ejemplos en relación a la utilización de la noción de abuso en otros ilícitos expresamente regulados.

2.9.1. Derecho del consumidor.

En virtud del principio de la autonomía de la voluntad cada contratante es libre de obligarse y de darle el contenido querido a sus

¹¹⁷ C. Suprema, Rosa Arias c. Ortiz, , rol 22267/2014, 11 septiembre de 2014, § 7.

contratos. Esto se debe a que en la práctica no existe un real equilibrio entre el poder negociador detentado por el consumidor. “Atendida la diferente posición de información que tiene el consumidor acerca de los bienes ofrecidos y, particularmente, acerca del contenido efectivo de las cláusulas propuestas, puede ocurrir que éstas alteren abusivamente la economía del contrato en beneficio del empresario que las propone”¹¹⁸.

El derecho del consumidor busca que el desequilibrio de poder negociador sea aminorado por la normativa y las instituciones fiscalizadoras.

Analizaremos si el concepto de abuso utilizado en materia de cláusulas abusivas guarda relación con el abuso de derecho. Es necesario recalcar que en materia de cláusulas abusivas existe un conflicto en relación a la libertad contractual y por ende de la autonomía de la voluntad, uno de los principios generales de nuestro ordenamiento.

La autonomía de la voluntad es definida como “el poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse a uno mismo”¹¹⁹. El legislador, al sancionar las cláusulas abusivas, tiene por

¹¹⁸ BARROS, Enrique. 2006, Tratado de responsabilidad extracontractual, Op. cit., p.642.

¹¹⁹ DIEZ-PICAZO, Luis; GULLON, Antonio. 1998, Sistema de Derecho Civil, Volumen I, Madrid, Ed: Tecnos, p. 373

objeto resguardar al consumidor, quien en su posición de desmedro para negociar, puede verse perjudicado por la imposición de alguna cláusula.

De acuerdo al derecho comprado, son cláusulas abusivas “si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”¹²⁰. También se ha entendido por la doctrina que una cláusula es considerada abusiva cuando “confiere a uno de los contratantes una ventaja desmesurada y, por consiguiente, implica un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes”¹²¹. Lo que se castiga es la contravención a las exigencias de la buena fe pero la forma de detectar dicha contravención se hace en atención al desequilibrio importante o significativo entre los derechos y obligaciones que establece la cláusula.

La ley 19.496 de protección al consumidor, de 1997, cuya última actualización se realizó el año 2011 (en adelante “LPC”), regula esta materia. Esta normativa hace alusión expresamente al término “abuso” en su artículo 50, como también regula las cláusulas abusivas en relación a los contratos de adhesión en su artículo 15 y siguientes.

¹²⁰ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, Artículo 3.

¹²¹ PIZARRO, Carlos. (sin año), La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno, p. 11.

La LPC entrega ciertas herramientas para dilucidar cuando una cláusula es abusiva. En el artículo 16 LPC, en el cual se enumeran ciertos casos en los cuales las cláusulas o estipulaciones de un contrato de adhesión no surtirán efectos.

“Artículo 16: No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que:

g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales”.

En los casos en que la aplicación de la LPC no sea posible, “la doctrina del abuso de derecho, por desviación de un derecho potestativo,

subsiste como principio correctivo de orden general, especialmente cuando la legislación es incompleta, como en el caso chileno”¹²².

De esta forma la LPC establece como parámetro de evaluación el desequilibrio que implica la cláusula, pero también otorgando al juez la capacidad para evaluar las circunstancias y condiciones concretas del contrato impugnado ante la posibilidad que el parámetro establecido en un principio no sea suficiente.

Con el objeto de que el juez pueda determinar cuándo una conducta es abusiva el legislador no sólo ha hecho alusión a la buena fe sino que ha otorgado más herramientas para que éste evalúe en atención a consideraciones concretas la cláusula y el contrato en cuestión. Algunos de los parámetros establecidos por el legislador en éste artículo 16 antes mencionado son, el dejar al arbitrio de una de las partes la modificación del contrato salvo casos expresamente señalados (letra a), incrementos de precios no autorizadas (letra b), inclusión de espacios en blanco que puedan ser llenados o completados (letra f). De esta forma la LPC ilustra situaciones en las cuales el consumidor puede ser víctima de abusos debido a su falta de poder de negociación, a su falta de información y a su falta de expertis en la materia.

¹²² BARROS, Enrique. 2006, Tratado de responsabilidad extracontractual, Op. cit., p. 643.

La LPC entrega una apreciación objetiva ante la conducta abusiva al igual como se ha tendido en relación al abuso de derecho. Así impulsa a que la relación entre consumidor y proveedor u oferente de servicio por ejemplo, no sea desigual y no se abuse del derecho perjudicando a quien está en posición de desmedro. Más allá de analizar la intención del proveedor al redactar el contrato en disputa, la cláusula se analizará por sí misma en atención a los expresamente señalado por el legislador, y en caso de ausencia de regulación expresa, puede recurrirse a su orientación antisocial.

2.9.2.Derecho de Aguas.

El derecho de aguas tiene por objeto regular el aprovechamiento de este recurso con el objeto de proteger su eficiencia. Esta materia se encuentra regulada principalmente por el Código de Aguas.

Nos interesa analizar una figura en específico, el abuso en relación a los pozos domésticos. El abuso está regulado expresamente hoy en día en el artículo 56 del Código de Aguas (antiguamente en el artículo 945 del CC) refiriéndose expresamente a la construcción de pozos domésticos. Es una de las pocas disposiciones normativas nacionales en la cual podemos encontrar

una referencia expresa a la figura del *abuso*. Por ello es que queremos detenernos en qué es lo que se entiende por *abuso* en esta materia.

Para el legislador, existen ciertas conductas que no pueden ser reprimidas como por ejemplo, el refrescarse la cara en un río o tomar agua de una vertiente, a menos que existan algún tipo de razón para prohibirlo (sanitarias por ejemplo). Tales conductas se denominan *usos mínimos*. Si bien en general no existen límites a los usos mínimos estos pueden llegar a producir problemas en las cuencas hidrográficas. La construcción de un pozo doméstico se considera un uso mínimo y tal derecho se encuentra limitado con el objeto de que mediante su ejercicio no se intente dañar a otros en relación al aprovechamiento del agua.

“Estas aguas “privadas” (esto es, entre otros casos, las que nacen, corren y mueren en una heredad; o que forman parte de un lago menor) si bien están circulando interna y separadamente dentro de una heredad, ellas, al mismo tiempo, son aguas que forman parte del ciclo hidrológico, y que un uso excesivo de ellas puede afectar a otros usuarios de otras heredades”¹²³, se protegen con mira al bien social.

El artículo 56 en su inciso primero señala que.

¹²³ VERGARA, Francisco. 1998, Derecho de aguas, Tomo II, Santiago, Ed: Jurídica de Chile, p.336.

“Cualquiera puede cavar en suelo propio pozos para las bebidas y usos domésticos, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimenta algún otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlo.”

Este artículo constituye también el reconocimiento a un acto de dominio, el cual se conforma por el hecho de cavar un pozo en suelo propio. “Cualquiera puede cavar en suelo propio un pozo, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimenta otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlo”¹²⁴.

El carácter antisocial de la conducta se medirá entorno al beneficio obtenido mediante el ejercicio del derecho de propiedad que se materializa en la construcción del pozo. Al haber perjuicios para el vecino y no haber beneficios para quien construye el pozo, el legislador puede develar la intención del agente. La intención o carácter antisocial de la conducta se mide a través de parámetros objetivos como pueden ser los beneficios resultantes. La desproporción en el beneficio obtenido es lo que puede constituir la contravención a la buena fe.

¹²⁴ ALESSANDRI, Arturo. 2005, De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno, Op. cit., p. 187.

Se entiende que las personas “tienen derecho a beber para vivir; y la ley posibilita la construcción de un pozo artesiano para un uso doméstico”¹²⁵. En virtud de la importancia de este recurso hídrico es que su uso es permitido pero de forma limitada y puede ser objeto de abuso.

¹²⁵ VERGARA, Op. cit., p. 334.

CAPITULO 3.NOCIÓN DE ABUSO EN LIBRE COMPETENCIA.

Al igual como analizamos que el abuso se presenta en diferentes ramas del derecho, nos interesa ahondar en la relación entre la concepción civil de abuso y aquella presente en el ilícito de abuso de posición dominante sancionado por el derecho de la libre competencia. Finalmente veremos cómo se concretiza el análisis del elemento intencional dentro del ilícito antimonopólico.

3.1. Derecho de la libre competencia.

El derecho de la libre competencia es una rama del derecho cuyas funciones son de orden público, jurídico y económico y tiene por objeto sancionar aquellas conductas que generen una pérdida social por mala asignación de recursos económicos y una posible ineficiencia productiva¹²⁶.

El derecho de la libre competencia, en cuanto “conjunto de reglas que permite que se desarrolle el juego del mercado”¹²⁷, busca proteger los mercados ante conductas antimonopólicas, para que de esta forma, el

¹²⁶ VALDÉS, Domingo. 2006, Libre competencia y monopolio, Santiago, Ed: Jurídica de Chile, p. 50.

¹²⁷ DE LA CRUZ FERRER, Juan. 2002, Principios de Regulación Económica en la Unión Europea, Madrid, Ed: Instituto de Estudios Económicos, capítulo 3, p. 2.

mercado pueda ser lo más eficiente posible lo que redundaría en beneficio para los consumidores. Mediante la regulación antimonopolística se controla indirectamente el poder de mercado que detentan las empresas.

En esta materia encontramos dos grandes ilícitos: la colusión¹²⁸ y el abuso de posición dominante, ambos establecidos en el artículo 3° del Decreto Ley 211 de 1973 (en adelante “**DL 211**”). Para efectos de nuestro análisis nos enfocaremos únicamente en el ilícito de abuso de posición dominante debido a que en relación a éste el legislador ha mencionado expresamente la noción de abuso en el artículo 3° letra b del DL 211.

Analizaremos este ilícito desde la perspectiva de nuestra legislación y jurisprudencia y tomaremos en cuenta el modelo comunitario europeo de abuso de posición dominante debido a su influencia sobre nuestra legislación.

¹²⁸ En materia de colusión tanto el TDLC como los demandantes y demandados en los diversos procesos han expresado la necesidad de probar la existencia de un abuso del poder de mercado obtenido a través del acuerdo, para así poder calificar la conducta como contraria a la libre competencia en sus sentencias (139/2014.). Para efectos de nuestro análisis no tomaremos en consideración el ilícito de colusión en cuanto el requisito de abuso no es solicitado por el legislador expresamente como ocurre en el caso del abuso de posición dominante.

3.1.1.Finalidad de la regulación en materia de libre competencia.

La regulación en materia de libre competencia nace ante la preocupación de proteger el orden público económico mediante la protección de los mercados.

Una de las medidas de protección de los mercados se basa en el fomento de la competencia entre los agentes. Un mercado competitivo lleva a los agentes a esforzarse por ofrecer mejores productos a menores precios. Por esta razón la regulación en libre competencia busca intervenir de forma indirecta y permitir la mayor libertad económica posible¹²⁹. La protección de la libre competencia debe concebirse “como un medio, no un fin en sí mismo, para desarrollar y preservar el derecho a participar en las actividades económicas, promover la eficiencia y, por esta vía, el bienestar de los consumidores”¹³⁰. Por esta razón sólo son sancionadas las conductas que puedan afectar la libre competencia y no aquellas en virtud de las cuales un agente busque el desmedro de su competidor en su afán por obtener un mayor poder de mercado.

¹²⁹ El TDLC se ha referido a la necesidad una intervención poco invasiva en libre competencia a propósito de Campomar, al señalar que “se debe procurar disminuir al máximo posible el riesgo de sancionar de manera errónea y costosa actividades que deben ser consideradas como normales dentro de un determinado mercado en un contexto de eficiencia dinámica, pues esto redundaría en un detrimento importante de la innovación y el desarrollo” Sentencia 140/2014 Demanda de Condominio Campomar contra Inmobiliaria Santa Rosa de Tunquén Ltda,rol n°245-12., § 14.

¹³⁰ Historia de la Ley, Compilación de textos oficiales del debate parlamentario, Ley 19.911, p. 41.

El DL 211 antes mencionado ha fijado los principales objetivos en esta materia en su artículo primero, inciso primero, los cuales son “promover y defender la libre competencia en los mercados”. Se ha también señalado en doctrina que son objetivos del derecho de la libre competencia el proteger el bienestar de los consumidores, promover una asignación eficiente de los recursos, y proteger el proceso competitivo¹³¹.

Para alcanzar tales objetivos se ha definido por la jurisprudencia y por la doctrina ciertos bienes jurídicos protegidos. Son bienes jurídicos protegidos en esta materia: la eficiencia económica¹³², el excedente/beneficio del consumidor, la libre competencia, la libertad económica, la libertad política, entre otros. El bien jurídico indiscutido en esta materia es la libre competencia, no obstante no existe consenso en base a los demás bienes jurídicos antes enumerados.

El esclarecimiento respecto de los bienes jurídicos protegidos importa para definir criterios jurisprudenciales respecto de lo que debe o no debe ser sancionado. Una vez establecido qué es lo que se busca sancionar se podrá definir lo que se entiende por *abuso* y qué es lo que busca proteger el ilícito

¹³¹ GARCÍA, William. 2010, Manual de la Libre Competencia, Tomo I, Santiago, Ed: Thomson Reuters, p. 25.

¹³² La eficiencia en cuanto bien jurídico protegido debe mirarse desde sus diversas perspectiva: asignativa, productiva y dinámica. Se ha discutido si esta eficiencia debe mirarse desde la perspectiva del productor o si también debe considerarse el punto de vista del consumidor. La escuela de Chicago cree necesario tomar en cuenta únicamente el punto de vista de los productores.

del artículo 3º letra b y c del DL 211. Lo anterior también resulta determinante frente a la disyuntiva de a quién se debe proteger frente a la posible coalición: al consumidor, a los competidores, a ambos, u otro¹³³.

Debemos enfatizar en el hecho de que un ilícito antimonopólico, como el abuso de posición dominante, se diferencia principalmente de un ilícito civil, como el abuso de derecho, en virtud de los objetivos que se buscan, de los bienes jurídicos que se protegen y de la naturaleza de las relaciones que limitan.

A continuación ahondaremos en la legislación antimonopólica para entender cómo se regula el ilícito en cuestión y entender también el pensamiento del legislador en esta materia.

3.1.2. Legislación nacional en materia de libre competencia.

Para efectos de entender la concepción actual de abuso de posición dominante tomaremos en consideración la normativa en esta materia y su evolución y así esclarecer los elementos propios de este ilícito.

¹³³ CRAIG, Paul, DE BÚRCA, Grainne. 1998, EU law, text, cases and materials, Nueva York, Ed: Oxford University Press, p. 954.

3.1.2.1. Orígenes de la legislación antimonopólica.

La regulación antimonopólica en nuestro país encuentra sus antecedentes en el Título V de la ley 13.305 de 1959, que establece “Normas para fomentar la libre competencia industrial y comercial”. Esta norma se dicta en un contexto de aceptación de un cierto grado de intervención estatal en la vida económica y tiene como finalidad acrecentar la participación del Estado en busca de un mayor desarrollo de la economía nacional e incrementar el control respecto de las empresas e industrias privadas¹³⁴. Esta norma contenía sólo algunas disposiciones relativas a la libre competencia dirigidas principalmente a evitar las conductas monopólicas y no hacía referencia alguna al ilícito de abuso de posición dominante.

En 1973 se dicta el DL 211 el cual instaura una regulación específica en esta materia. En dicha ocasión el legislador instauró en su artículo primero la sanción respecto de:

“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país en las actividades económicas”.

¹³⁴ OPAZO, Ernesto. 1962, La Comisión Antimonopolios y el estudio del título V de la ley 13.305, Santiago, Ed: Jurídica de Chile, p.7.

Frente a la necesidad de una regulación más acabada el DL 211 ha sufrido numerosas e importantísimas modificaciones a largo de los últimos años a través de la ley 19.610 de 1999, de la ley 19.911 de 2003, y de la ley 20.361 de 2009, las cuales han llevado a la institucionalidad antimonopólica actual en nuestro país. En sus inicios esta institucionalidad estaba conformada por la Comisión Resolutiva y por la Comisión Preventiva, órganos que ejercían una labor fiscalizadora y sancionadora a la vez.

En cuanto a los ilícitos, el DL 211 “se estructuró sobre la base de una dualidad de sanciones penales y administrativas para la represión de atentados, entre los que no contemplaba expresamente el abuso de posición dominante. En este sentido, podríamos afirmar que aplicaba el modelo de la prohibición absoluta característica del sistema estadounidense. En una reforma posterior a dicho cuerpo normativo, se introdujo en forma explícita la figura ilícita del abuso de posición dominante”¹³⁵.

Éste ilícito es introducido dentro del sistema de libre competencia nacional recién el año 2003 junto con la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante “**TDLC**”) y el establecimiento de una renovada institucionalidad. Se modifica el artículo primero del texto original del DL 211 el cual describía los actos sancionados. Los actos sancionados quedan

¹³⁵ VALDÉS, Op. cit., p. 236.

descritos en el artículo 3° y hace especial mención al abuso de posición dominante en sus letras b y c:

“Artículo 3: El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 17 K de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes: (...)

b) La explotación abusiva por parte de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un controlador común, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”.

Se adopta un modelo sancionatorio muy similar al existente en Europa¹³⁶ lo cual se puede entrever en el parecido con los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma (actuales artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento del Unión Europea) que más adelante analizaremos. Se establecen ilícitos los cuales son expresados de forma genérica en el encabezado del artículo.

3.1.2.2. Institucionalidad antimonopólica actual.

Hoy en día nos enfrentamos a un tribunal especializado denominado Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el cual es conformado por economistas y por abogados en atención a la naturaleza jurídico-económica de los conflictos. La Fiscalía Nacional Económica (en adelante “FNE”), pasa a tomar el rol persecutor. Además se establece un procedimiento propio contencioso y otro no contencioso.

¹³⁶ Antes de la reforma introducida por la ley 19.911 nos enfrentábamos a un modelo cercano al estadounidense en virtud del cual los esfuerzos se concentraban en la lucha contra los monopolios. Es necesario descartar para efectos de nuestro análisis el modelo de la Sherman Act estadounidense el cual busca regular los monopolios en Estados Unidos, denominados “trusts”. En el modelo Antitrust se sanciona el alcanzar un poder de mercado excesivo que pueda resultar nocivo para la libre competencia y por lo mismo tal modelo implica la concurrencia de requisitos más estrictos que aquellos exigidos en la UE. Véase también en BUGALLO, Beatriz. 2012, Abuso de posición dominante: derecho comparado y derecho uruguayo vigente, Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, p.14 y ss, y en MIRANDA, Alfonso, GUTIERREZ, Juan. 2006, Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio v/s los beneficios de la competencia, Revista de Derecho Competencia, (nº2), volumen 2.

A través de la interposición de demandas o de requerimientos por parte de la Fiscalía el TDLC puede sancionar aquellos actos abusivos que atenten contra la libre competencia en los mercados. Las sentencias o resoluciones que emanen del TDLC serán susceptibles de recurso de reclamación los cuales serán conocidos por la Corte Suprema.

El artículo 3° del DL 211 ha sufrido algunas modificaciones desde la dictación de la ley 19.911 pero tales modificaciones no serán comentadas ya que carecen de relevancia para nuestro análisis.

El texto actual del artículo 3° señala que:

“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.

b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”.

El texto de esta norma tiene un gran parecido con el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (a continuación “**TFUE**”) el cual corresponde al artículo 86 del Tratado de Roma. De acuerdo a la historia de la ley 19.911¹³⁷ los legisladores tomaron en consideración dicha

¹³⁷ La historia de la ley 19.911 revela como en la discusión y aprobación en general se contempló el sistema europeo en esta materia. Fue también el Senador Bustos quien citar expresamente los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma, Historia de la ley 19.911 p.43 y ss.

norma por lo que ahondaremos en la legislación comunitaria europea con el objeto de entender si el abuso de posición dominante guarda relación con el abuso de derecho y en especial con el elemento intencional de la noción de *abuso*.

3.2. Abuso de posición dominante en la Unión Europea.

La regulación en materia de competencia en la Unión Europea (en adelante “UE”) está recogida por el TFUE, en el Título VII, “Normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones”, en los artículos 101 y siguientes. El artículo 102 del TFUE es aquel referido a los casos de abuso de posición dominante, el cual expresa que:

“Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;

- b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”.

Este artículo tiene un irrefutable parecido al artículo 3º del DL 211 no sólo en su estructura sino también en la técnica legislativa aplicada, por lo que nos parece necesario previamente ahondar en la legislación e institucionalidad antimonopólica europea para así poder compararla con la nuestra.

3.2.1.La libre competencia en la Unión Europea.

Hoy en día el derecho de la libre competencia de la UE se rige por aquellas disposiciones contenidas en el TFUE en especial por los artículos 101 y 102 de dicho cuerpo normativo. La Comisión de las Comunidades Europeas (en adelante “**Comisión**”), el Tribunal de Justicia de la Unión

Europea (en adelante “**TJUE**”) y el Tribunal de Primera Instancia son los órganos encargados de velar porque las normas en materia de competencia se cumplan y de dirimir los conflictos en esta materia.

El derecho de la libre competencia al interior de la UE tiene sus orígenes¹³⁸ en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero¹³⁹ de 1950 en el cual eran participes Francia, Alemania Occidental, Italia, Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos. Dentro de las preocupaciones surgidas con el fin de la segunda guerra mundial está la idea de evitar que grandes potencias económicas puedan poner en peligro la paz¹⁴⁰ nuevamente al igual como la necesidad de progreso económico. En este primer paso a la integración de los mercados aparece una preocupación por establecer reglas de competencia que permitieran fomentar los beneficios de estas relaciones mercantiles.

El artículo 66¹⁴¹ de este Tratado no menciona el término abuso y se enfoca principalmente en operaciones de concentración sin sancionar el

¹³⁸ BUGALLO, Op. cit., p.126.

¹³⁹ El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero se dicta con el objeto formar una alianza en el continente para así evitar futuros conflictos. Los objetivos principales de esta alianza son el crear un marco de solidaridad regional y el establecimiento de bases comunes de desarrollo económico como señala en su mismo texto.

¹⁴⁰ MOTTA, Massimo. 2004, Competition policy: theory and practice, Nueva York, Ed: Cambridge University Press, p.10.

¹⁴¹ El artículo 66, párrafo 7 del CECA de 1951 inspira el desarrollo de la regulación antimonopólica al señalar que “si la Comisión reconociera que empresas públicas o privadas, que tienen o adquieren, de hecho o de derecho, en el mercado de uno de los productos de su competencia, una posición dominante que las sustrae a una competencia efectiva en una parte importante del mercado común, utilizan tal

poder de mercado por sí mismo. A su vez, devala el interés por proteger el mercado ante el poder que puedan detentar ciertos agentes y sancionar o recomendar cuando éste poder de mercado esté siendo utilizado de una forma contraria a los fines de la Comunidad.

Se manifiesta la necesidad de sancionar, hacer recomendaciones o aplicar otra de las herramientas de las que dispone esta Comunidad, en el caso en que se “reconociera que empresas públicas o privadas, que tienen o adquieren, de hecho o de derecho, en el mercado de uno de los productos de su competencia, una posición dominante que las sustrae a una competencia efectiva en una parte importante del mercado común, utilizan tal posición para fines contrarios a los objetivos del presente Tratado”¹⁴².

Fueron las legislaciones propias de los integrantes de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero y las legislaciones de los países que más tarde pasaron a conformar la UE que influyeron en la estructura y concepción de lo que hoy se entiende por ilícitos anticompetitivos. La legislación alemana fue aquella que tuvo mayor influencia¹⁴³ en la formación del ilícito de abuso de posición dominante debido a que la figura

posición para fines contrarios a los objetivos del presente Tratado, les dirigirá cuantas recomendaciones fueren apropiadas

para conseguir que dicha posición no sea utilizada para estos fines”.

¹⁴² Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero de 1950, artículo 66, inciso final.

¹⁴³ CABANELLAS, Guillermo. 1983, Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia, Buenos Aires, Ed: Heliasta S.R.L., p. 646 y ss.

de *abuso* ya era utilizada no sólo en materia civil sino que también en las relaciones mercantiles.

3.2.2. Artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Las legislaciones locales de los países participantes, como por ejemplo Francia y en especial Alemania, influyeron en la consagración de lo que hoy entendemos como el artículo 102 del TFUE, ex artículo 82 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea y anteriormente artículo 86 del mismo Tratado.

3.2.2.1. Antecedentes del ilícito de abuso de posición dominante.

Ya analizamos anteriormente el caso francés del abuso en materia civil el cual se encuentra consagrado también en nuestro CC y en el cual su existencia ya ha sido aceptada¹⁴⁴. Nos parece determinante detenernos en el caso alemán ya que fue allí donde el abuso en materia civil sirvió para regular temas de competencia y por lo tanto fue inspirador para la

¹⁴⁴ ALESSANDRI, Arturo. 2005, De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno, Op. cit., p. 186.

conformación del ilícito de abuso de posición dominante. Las normas relativas al abuso de derecho fueron utilizadas en los inicios del siglo XX en Alemania con el objeto regular los problemas derivados del excesivo poder de mercado que pudiesen afectar la competencia¹⁴⁵. El abuso de derecho pasa a ser una herramienta ante el ejercicio abusivo de derechos en el ámbito mercantil.

La teoría del abuso se encontraba plasmada en el BGB en su artículo 226¹⁴⁶, y cuya aplicación está directamente relacionada con el principio de la buena fe¹⁴⁷. De esta forma el abuso fue aplicado ante la necesidad de regular situaciones en las cuales el poder de mercado atentaba contra el bienestar de la colectividad a falta de regulación expresa. La “necesidad de restringir el poder de mercado de los grandes grupos económicos que han caracterizado al sistema productivo alemán”¹⁴⁸ lleva a aplicar la noción de abuso civil a los monopolios en virtud de la subsidiariedad de las normas civiles.

El legislador recoge la figura del abuso respecto del poder de mercado para sancionar expresamente los casos en que éste fuese utilizado

¹⁴⁵ CABANELLAS, Op. cit., p. 646.

¹⁴⁶ El artículo 226 del BGB expresa que “No es posible el ejercicio de un derecho, cuando su único propósito es causar un perjuicio a otros”. Traducción libre: “Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen.”

¹⁴⁷ IRURETA, Pedro. 2011, Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno, Revista Ius et Praxis, Año 17, (Nº 2), p. 136.

¹⁴⁸ CABANELLAS, Op. cit., p. 646.

de forma perjudicial para la comunidad y el orden público, en relación a la adquisición de mejores condiciones contractuales. En la Ordenanza de 2 de noviembre de 1923¹⁴⁹ el legislador plasma la noción de abuso respecto de ejercicio nocivo de poder por parte de los agentes en un mercado. Así, la normativa comunitaria en materia de libre competencia tiene “como antecedente más cercano, a la normativa alemana sobre competencia, recogida por primera vez en la Ordenanza contra el abuso de las posiciones de poder económico de 2 de noviembre de 1923”¹⁵⁰.

La concepción europea de abuso de posición dominante proviene de una concepción civil de abuso. Podemos inferir de esto que el término abuso en materia de libre competencia implica, al igual que el abuso en materia civil, el mal ejercicio de un derecho subjetivo. En cuanto a la determinación de qué es considerado como un *mal ejercicio de un derecho subjetivo*, deberemos atenernos a los fines de la regulación en materia de libre competencia y a los otros elementos que conforman este ilícito.

En el derecho de la libre competencia se sancionan las conductas que en atención a la situación concreta se puedan calificar de “abusivas y contrarias al interés económico general, intentándose lograr, de esta forma, un comportamiento similar al que cabe en mercados en los que existe

¹⁴⁹ Ordenanza en contra del abuso de posiciones de poder económico “Verordnung gegen Missbrauch Wirtschaftlichen Machtstellungen” de 2 de noviembre de 1923.

¹⁵⁰ PÉREZ, Begoña. 2013, La aplicación de la política de ayudas de Estado a Gibraltar, p. 2.

competencia efectiva”¹⁵¹. Mediante el establecimiento de prohibiciones relacionadas con los actos de los agentes con posición dominante en el mercado el legislador puede perseguir su objetivo de libre competencia y de resguardo del orden público económico.

De esta manera la valoración del mal uso de un derecho se hará sobre la base de situaciones concretas ya que son éstas que importan al derecho y que pueden efectivamente poner en peligro el mercado y el orden público económico. El elemento intencional propio del abuso en materia civil está presente pero debe adecuarse a las necesidades específicas de la regulación.

3.2.2.2. Noción actual de la noción de abuso.

El artículo 102 del TFUE antes mencionado establece el ilícito de abuso de posición dominante, y al igual que en nuestra legislación, no define el concepto de abuso ni el de posición dominante. Éste sólo hace referencia “a una situación en la cual los derechos o facultades derivadas de una posición de dominio de mercado se ejercen de manera excesiva”¹⁵². Tales situaciones son:

¹⁵¹ CABANELLAS, Op. cit., p. 648.

¹⁵² BUGALLO, Op. cit-, p. 14.

- El imponer directa o indirectamente precios u otras condiciones no equitativas;
- El limitar la producción, el mercado o el desarrollo en perjuicio de los consumidores;
- El aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales que ocasionen desventajas competitivas;
- El subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Las situaciones antes descritas no son más que ilustraciones de posibles conductas abusivas y que buscan orientar al TDLC y a la Corte Suprema a la hora de definir si existe o no un ilícito de abuso. El legislador entrega situaciones tipo que permitirán al Tribunal desarrollar un criterio para la definición de conductas abusivas y no hace alusión expresa al elemento intencional. El legislador ejemplifica posibles conductas pero que finalmente las tilda de abusivas en relación a la ausencia de equidad o debido a que de la conducta se sigue un perjuicio para los consumidores o desventajas competitivas. Estos criterios permitirán un análisis concreto y objetivo de la conducta denunciada con el ánimo de dilucidar si es posible sancionar en virtud del artículo 102 del TFUE.

El elemento intencional propio del abuso no deja de tomarse en consideración, sino está presente en tales situaciones ilustradoras que a su

vez implican la contravención a los principios generales del derecho. La ausencia de equidad, el perjuicio que se ocasiona a los consumidores, las desventajas competitivas y la desigualdad en las negociaciones que se concretizan en prestaciones “sin relación alguna” con el objeto del contrato son parámetros que permiten dilucidar la existencia de una conducta desviada del principio de la buena fe o del orden público.

Analizamos anteriormente una técnica legislativa muy similar en relación al abuso en materia de consumidor. El legislador expresa situaciones en las cuales inevitablemente existe abuso para que de esta forma se puedan desarrollar criterios o parámetros objetivos.

Por su lado, la Comisión se ha referido a la noción de abuso desde la perspectiva del abuso explotativo señalando que dicho concepto “es un concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trate, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, y que producen el efecto de obstaculizar, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios con arreglo a las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del nivel de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia”¹⁵³.

¹⁵³ TJCE, Hoffmann-La Roche Co & AG. C. Comisión, asunto 85/76, 13 de febrero de 1973, § 91.

Si bien esta definición se refiere al abuso explotativo y no al abuso en general, es ilustradora del rol del elemento intencional, el cual se determinará en base a la lógica económica, tomando en cuenta el mercado y los efectos de la conducta. Los criterios de equidad, desigualdad, desventajas competitivas y perjuicios de los consumidores se medirán de forma económica logrando parámetros aún más concretos que los existentes en materia civil.

Bajo la mirada tradicional seguida por la Comisión y por los tribunales comunitarios desde mediados de la década de los cincuenta, se entendía que “lo determinante con este modelo de análisis era que la conducta catalogada como peligrosa o anticompetitiva en el artículo 86 del TCEE¹⁵⁴ (actual 102 del TFUE) hubiese sido desarrollada por una empresa en posición de dominio. No se tomaba en consideración si el comportamiento producía o no efectos anticompetitivos en el mercado”¹⁵⁵. El análisis giraba en torno al hecho de detentar tal posición de dominio y que la conducta era o no aquella que se podía presumir abusiva pero sin dar mayor importancia al efecto producido. Paralelamente existía una concepción a nivel jurisprudencial de que las empresas con poder de dominio tenían un deber

¹⁵⁴ El artículo 86 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea es el antecedente del artículo 82 del Tratado de Roma y del actual artículo 102 del TFUE.

¹⁵⁵ ORTIZ, Ingrid. 2011, Vientos de cambio en el ámbito del abuso de la posición de dominio: La aplicación de la “regla de la razón” a los abusos de exclusión en el Derecho europeo de la competencia. Revista Mercatoria, (nº1), volumen 10, p. 8.

de promoción de la libre competencia por el sólo hecho de detentar tal poder de mercado.

Sin embargo, si tomamos la posición de dominio como el elemento central del ilícito es difícil distinguir una conducta competitiva agresiva de una conducta abusiva. Dentro del abuso de posición dominante, el abuso no está dado por el hecho de existir poder de dominio sino que este último es una condición necesaria para que exista el ilícito. Esta concepción claramente desincentiva la competencia al dejar entender que el poder de mercado es lo sancionable y pone en riesgo la seguridad jurídica.

Ya en los años setenta el TJUE da mayor importancia a los efectos de las conductas y a usarlos como un elemento más dentro de la determinación de la conducta abusiva. Por ejemplo en la sentencia *Continental Can*¹⁵⁶ la eliminación de la competencia es lo que permite establecer el abuso de la posición dominante. El TJUE señala que no será necesario probar la eliminación de la competencia para que se dé por acreditado el abuso pero que esto es un reflejo de cómo se contrariaron las finalidades del Tratado. En esta ocasión el TJUE da por establecida la antisocialidad de la conducta a través de los resultados efectivos o potenciales de la conducta y recalca que en tal ocasión el análisis se realizó independiente de la noción de culpa. Se evalúa la contradicción de la conducta con el Tratado a través de los

¹⁵⁶ TJUE, *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc v. Comisión*, asunto 6/72, 21 de febrero 1973 § 29.

efectos de la misma. La intención detrás de la conducta es evaluada en consideración de los efectos de la misma y por lo tanto, en base a parámetros económicos como lo es la eliminación de la competencia.

Con el tiempo van apareciendo dos estándares de aplicación del artículo 102, uno formal (real y clásico) que es establecido por la jurisprudencia y “otro propuesto, no nato, ‘basado en los efectos’ y mucho más economicista”¹⁵⁷. Éste último tiene por objeto analizar los efectos de la conducta que se busca tildar de abusiva y no en la forma de ejercer la conducta (*effect – based approach*). Los efectos deben mirarse sobre la estructura del mercado y sobre los consumidores. Con este enfoque se adopta un criterio objetivo para el análisis del elemento antisocial de la conducta.

3.3. El abuso de posición dominante en Chile.

Nuestros legisladores tomaron en cuenta la regulación europea para desarrollar el artículo 3° del DL 211¹⁵⁸ que sanciona el abuso de posición dominante y en el cual ahondaremos a continuación.

¹⁵⁷ MAILLO, Jerónimo. 2008, Manual de Derecho de la Competencia, Madrid, Ed: Tecnos, p. 149.

¹⁵⁸ En la historia de la ley 19.911 de 2003 encontramos diversas alusiones a la regulación europea en esta materia a través de las intervenciones realizadas por los diputado Juan Bustos y Aníbal Pérez principalmente.

3.3.1. Artículo 3° letra b DL 211.

Como ya vimos en el texto actual del artículo 3° del DL 211 inciso primero se hace una referencia genérica a los actos contrarios a la libre competencia.

En cuanto a los efectos de la conducta se entiende que debe haber producido un daño o tender a producirlo. La expresión “tienda a impedir” se refiere al daño efectivo y al riesgo del mismo. La conducta debe poner en riesgo¹⁵⁹ al mercado de forma real, provenir de un hecho acto o convención, que el riesgo sea relevante para la libre competencia considerando el mercado concreto, y ser además próximo e inminente.

En relación a los sujetos activos de la conducta, no existe precisión respecto de quiénes son aquellos susceptibles de atentar contra la libre competencia y se entiende que es cualquier agente de mercado sea incluso de derecho público¹⁶⁰ o privado.

¹⁵⁹ Véase también en VALDÉS, Op. cit., p. 276 y ss.

¹⁶⁰ Ha habido controversia en relación a si los órganos de la administración pueden o no cometer ilícitos contra la libre competencia y si éstos pueden o no ser sancionados por el DL 211, “pues debemos suponer que estos órganos actúan con habilitación legal previa (...), que sus actos gozan de presunción de legalidad” [GARCÍA, Op. cit., p. 40]. Esta problemática se ha analizado en los fallos relativos a la demanda interpuesta contra Enami, Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 70 de

Tampoco hay precisión respecto de los sujetos pasivos de estos ilícitos, sin embargo la doctrina los ha definido como “alguno de los integrantes –actuales o potenciales- del mercado, en el cual un competidor perpetra la conducta monopólica, y de las fases productivas conexas a aquel y, en general, la comunidad”¹⁶¹.

La conducta sancionada está descrita de forma tal que permita una gran libertad en la labor de adecuación con el caso concreto. “Se trata de un ‘tipo universal’, porque puede subsumirse en él cualquier conducta susceptible de lesionar la libre competencia”¹⁶². El tipo universal concuerda con la lógica del mercado en la cual pueden aparecer un número indefinido de conductas atentatorias con la libre competencia. El artículo 3° en su inciso primero nos muestra un tipo universal, el cual “es llamado así por su amplitud genérica mediante la cual busca captar todas las conductas que conculquen la libre competencia”¹⁶³.

La consagración de este ilícito como un tipo universal fue una decisión consiente por parte del legislador quien “estableciendo como ejemplos de atentados a la libre competencia sólo aquellos casos en que

2008, o demanda en contra del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 14 de 2005. Esta discusión se zanja por el TDLC quien señala que cuando el DL 211 establece que sujeto activo de la conducta “no requiere de ninguna calidad especial, de manera que comprende a cualquier persona natural o jurídica, sea de derecho público o privado, que concurra en los mercados” TDLC 132/2013, considerando 8vo.

¹⁶¹ GARCÍA, Op. cit., p. 47

¹⁶² Ibid, p. 39.

¹⁶³ VALDÉS, Op. cit., p. 241.

indudablemente exista una infracción a ésta, clarificando la poco feliz enunciación del actual texto. La idea central de esta nueva normativa es que cada caso sea decidido en su propio mérito, de acuerdo con sus peculiaridades y complejidades”¹⁶⁴. Por esta razón las letra b y c enumeran diversas conductas a modo ejemplificador de lo que debe entenderse como un abuso de posición dominante.

En la letra b el legislador menciona expresamente el término abuso al describir situaciones de abuso explotativo, mientras que en la letra c hace referencia a prácticas predatorias las cuales también “constituyen una importante modalidad del injusto monopolio de abuso”¹⁶⁵.

No obstante, no encontramos ninguna mención referida a lo que el legislador entiende específicamente por *abuso* o por *posición dominante*. Este artículo enumera conductas que orientan a la determinación del ilícito pero sin definirlo o delimitarlo.

¹⁶⁴ Historia de la Ley, Compilación de textos oficiales del debate parlamentario, Ley 19.911, p. 41.

¹⁶⁵ VALDÉS, op. cit., p. 579.

3.3.2.Importancia de la posición de dominante.

La posición dominante es un elemento del ilícito establecido en el artículo 3° del DL 211 y el cual no ha sido definido por el legislador. Esta noción pareciera ser una condición necesaria para poder configurar el ilícito de abuso siendo indispensable que el requerido o demandado detente una posición dominante para ser sancionado.

Para efectos de esclarecer la existencia de una posición dominante será necesario, en primer lugar, identificar el poder de mercado y esto a través del mercado relevante¹⁶⁶ el cual es un concepto fundamental en libre competencia ya que a partir de él se vislumbra la estructura del mercado y se pueden determinar los actores que detentan poder o aquellos que mantienen una posición dominante en él¹⁶⁷.

El mercado relevante¹⁶⁸ se determinará en función del mercado relevante del producto y del mercado relevante geográfico tomando en consideración el producto o grupo de productos que los consumidores

¹⁶⁶ La demanda presentada ante el TDLC deberá no solo contener los requisitos señalados por el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, sino que también la especificación del mercado relevante y de las conductas alegadas.

¹⁶⁷ FLINT, Pinkas. 2002, Tratado de defensa de la libre competencia, Lima, Ed: Fondo Pontificia Universidad Católica, p. 211

¹⁶⁸ Véase también en KORAH, Valentine. 2004, An introductory guide to EC Competition law and Practice, Oxford, Ed: Hart Publishing, p. 95 y ss.

conciban como sustitutos suficientemente próximos¹⁶⁹. Estos factores permitirán evaluar el poder de mercado detentado por el agente económico, lo que a su vez permitirá establecer la posición dominante, la cual es definida como la “posición de poderío económico que permite a un competidor, o grupo de competidores, comportarse con relativa independencia de sus competidores, compradores y proveedores”¹⁷⁰.

La independencia recién señalada constituye la esencia de esta noción. Por el hecho de detentar una posición de poderío se puede actuar con mayor independencia respecto de los demás agentes. La independencia detentada en el mercado otorga al agente económico un mayor rango de acción, lo que en definitiva le da la posibilidad de actuar de forma nociva para el mercado.

La jurisprudencia, a través de la Comisión, ha entendido que la posición dominante “es la posición de poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad de actuar en buena medida independientemente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores”¹⁷¹.

¹⁶⁹ Guía para el Análisis de las Operaciones de Concentración, FNE, octubre 2012, p. 10.

¹⁷⁰ TJCE, *United Brands Company y United Brands Continental BV contra Comisión*, asunto 27/76, 14 de febrero de 1978., § 51.

¹⁷¹ *Ibid.*, § 65.

La independencia en el actuar puede resultar nociva para el mercado, para la libre competencia y para el ordenamiento público económico. La posición dominante es un supuesto necesario para la configuración del ilícito pero no es aquello respecto de lo cual se abusa.

Es de la naturaleza de las relaciones mercantiles buscar estrategias para ganar y para obtener mayores beneficios. Debido a esto, el legislador no sanciona la posición dominante en sí misma¹⁷². Sin embargo, el ejercicio de la posición de dominancia no es indiferente para el ordenamiento público económico. Este poder de actuación se encuentra relacionado con las libertades reconocidas por el ordenamiento a través de los derechos subjetivos. El legislador no busca sancionar su mero ejercicio sino que le interesa que el ejercicio de éstos no resulte nocivo para la colectividad.

De esta forma el abuso se configura en atención a la interdependencia que la posición dominante otorga. El ilícito de abuso de posición dominante sanciona el ejercicio de un derecho el cual se ejerce con ocasión de la posición dominante. Éste ilícito tiene por objeto sancionar aquellos actos en los cuales se está haciendo un mal uso del poder de actuación tal como ocurre en materia civil. No obstante, merece mayor atención por parte del

¹⁷² En este mismo sentido el TDLC en Campomar ha aclarado que “la sola tenencia de una posición de dominio no es un hecho sancionable en sí mismo”, Sentencia 140/2014, Demanda de Condominio Campomar contra Inmobiliaria Santa Rosa de Tunquén Ltda., rol 245-12, 4 de noviembre 2014§ 14.

legislador en virtud de lo perjudicial que esto resultaría para la competencia en los mercados.

3.3.3. ¿Es asimilable la noción de abuso en libre competencia con la del abuso de derecho?

Como señalamos anteriormente el legislador no busca sancionar la posición de dominancia en sí misma, ni tampoco coartar la libertad económica y contractual de los agentes de un mercado ya que no sería beneficioso para el mercado ni para sus consumidores. Por esta razón es que resulta determinante entender la noción de abuso a la que se refiere el ilícito en cuestión.

3.3.3.1. Noción de abuso.

Como vimos anteriormente, el legislador sanciona mediante el abuso las conductas realizadas por los agentes que detentan poder dominante. El DL 211 no define dicho concepto por lo que la doctrina ha intentado dar una definición de abuso en materia de libre competencia señalando que “existe abuso monopólico toda vez que hay mal uso del poder de mercado,

el cual es empleado para lesionar la libre competencia”¹⁷³. Lo que se sanciona no es el poder de mercado o la posición dominante en sí mismos, sino que el *mal uso* de los mismos. A través del artículo 3° del DL 211 no se sanciona únicamente la interrupción del contrato¹⁷⁴, la imposición de condiciones contractuales¹⁷⁵ o la fijación de precios¹⁷⁶, sino que se sanciona el hecho de ser estas conductas calificadas de abusivas. Estas son libertades reconocidas por el ordenamiento pero que pueden ser limitadas en el ámbito del orden público económico en virtud del carácter antisocial que detentan.

Al igual que en el derecho comunitario, la noción de abuso existente en materia civil corresponde a la noción de abuso utilizada en libre competencia. Ambos ilícitos difieren uno del otro debido a la naturaleza de las relaciones que resguardan y de los objetivos de la legislación que los establece pero en ambos se busca sancionar los actos que formalmente son lícitos pero que atendidas las demás circunstancias se tornan ilícitas en atención a la orientación de la conducta.

Para Domingo Valdés no se puede equiparar el abuso de derecho con el abuso del abuso de posición dominante ya que el primero daría a

¹⁷³ VALDÉS, Op. cit., p. 561.

¹⁷⁴ TDLC 80/2009, Demanda de Reebok Chile S.A. contra Reebok International Limited y otro , rol n°97-06, 8 de enero 2009, § 9

¹⁷⁵ TDLC 93/2010, Requerimiento de la FNE contra Empresa Eléctrica Atacama S.A. , 6 de enero 2006, rol n°168-08, § 11.

¹⁷⁶ TDLC 110/2011, Demanda de Sociedad Will S.A. contra Claro Chile S.A., rol n°199-10, 28 de enero 2011, § 10

entender la existencia de un derecho de posición dominante. A su juicio “no existe tal derecho a ocupar una situación dominante”¹⁷⁷. No obstante, en este ilícito se sanciona el abuso en el ejercicio de cualquier tipo de derecho que tenga o pueda tener repercusiones en la libre competencia. La posición de dominio es un supuesto para la sanción a este ilícito. El agente con posición de dominio puede por ejemplo abusar de su derecho a contratar o de negarse a contratar y con ello excluir competidores. Si el agente con poder de dominio se niega a vender debido a que busca explotar dicha posición de dominio o de excluir a competidores actuales o futuros, se daña o se puede dañar el mercado. Bajo este supuesto el agente económico está abusando de su derecho de negarse a contratar. En consecuencia, lo que se sanciona mediante la figura del abuso de posición dominante es el incorrecto ejercicio de un derecho otorgado por el ordenamiento jurídico en atención a la libertad económica que es garantizada por la Constitución. Esta libertad para desarrollar actividades económicas está reconocida en el artículo 19 n°21 de la CPR y el ejercicio de esta misma ante el poder del Estado es protegido por el artículo 19 n°22 de la CPR..

Cuando tal libertad es exacerbada gracias a la existencia de una posición dominante el agente puede actuar de forma tal que logre dañar el mercado relevante del cual forma parte. Al dañar al mercado, la institucionalidad anticompetitiva interviene y es obligada a intervenir sancionando tales actos tomando en consideración su especificidad. El

¹⁷⁷ VALDÉS, Op. cit., p. 555.

elemento intencional, al igual que los demás elementos de este ilícito, se determina tomando en consideración la naturaleza de las relaciones mercantiles y de los objetivos de esta regulación. Así, una actuación se entenderá desviada del fin de la norma y contraria a la regulación anticompetitiva, cuando dañe o amenace la competencia en los mercados, lo que se determinará en base a factores económicos.

En este mismo sentido, el ilícito de abuso en libre competencia, a diferencia del abuso de derecho, no es residual. Esta necesidad de neutralizar las posiciones de mercado y de limitar las conductas nocivas implica la conformación de un ilícito que sea de aplicación principal. De esta forma, el legislador puede asegurar que las conductas anticompetitivas sean sancionadas por delitos que contemplen las condiciones de mercado y no mediante ilícitos de aplicación general que no toman en consideración tales elementos.

La noción de *abuso* tanto en materia civil como en materia de libre competencia tiene por finalidad sancionar el ejercicio incorrecto de los derechos otorgados por el ordenamiento. Las diferencias entre los ilícitos de abuso de derecho y de abuso de posición dominante surtirán de las diferencias en la naturaleza de las relaciones entre los individuos o agentes económicos en virtud de las cuales tales derechos son ejercidos y de los demás aspectos que importan al legislador en cada caso. A su vez, el

elemento intencional propio de la noción de abuso se encuentra presente en materia civil como también en libre competencia pero revestirá formas muy disimiles en atención a la naturaleza de las relaciones y a los objetivos de la regulación en cada caso.

3.3.3.2. Naturaleza de las relaciones.

El derecho de la libre competencia se enmarca dentro del orden público económico, el cual es “un sistema económico fundado en la libre iniciativa, el derecho de propiedad y la plena circulación de los bienes, la seguridad jurídica y la efectividad de la cadena de pagos (...). La vigencia del orden público económico comprenderá el establecimiento de procedimientos obligatorios, de efectos inmediatos, inmutables, frente a la autonomía de la voluntad de los particulares y orientado hacia un ordenamiento adecuado y racional de las iniciativas y actividades en materias económicas; y, por su parte, las regulaciones de tales actividades se refieren a las facultades legales conferidas a los órganos públicos para fiscalizar, controlar y supervisar el cumplimiento de las disposiciones generales o especiales que regulan dichas actividades”¹⁷⁸. De esto podemos desprender que uno de los principales puntos a tratar respecto de la legislación antimonopólica es la restricción a la autonomía privada y cómo ésta puede atentar con el ordenamiento público económico. La autonomía

¹⁷⁸ Tribunal Constitucional rol,n°1414-09, § 21 y 22.

privada y las libertades en general se encuentran subsumidas al orden público económico y pueden ser limitadas para evitar poner en riesgo al mercado y al consumidor.

A pesar de que la autonomía privada se encuentre en las bases de derecho privado, “en el derecho sobre monopolios esa autonomía está limitada para prevenir determinados riesgos y las partes, lejos de tener autonomía para contratar, muchas veces son obligadas a hacerlo o bien se les prohíbe hacerlo”¹⁷⁹.

En esta dualidad entre libertad contractual y restricciones provenientes del resguardo al orden público económico se enmarcan las relaciones mercantiles, las cuales son susceptibles de ser sancionadas por el derecho de la libre competencia. Esta normativa está orientada a regular las conductas anticompetitivas de todos aquellos agentes económicos, de todos los agentes que puedan influir en el mercado y “neutralizar posiciones de poder de mercado y, en tal sentido, forma parte de la constitución económica de un orden basado en la libre elección de los consumidores”¹⁸⁰.

La figura del abuso resulta acertada debido a que “[la] competencia es un proceso de descubrimiento por completo imprevisible, porque supone

¹⁷⁹ MESTMÄCKER en BARROS, Enrique. 1985, Legislación y práctica de la libre competencia, un coloquio con el profesor Ernst J. Mestmäcker, Mesa Redonda, Estudios Públicos, (volumen 17), p. 3.

¹⁸⁰ BARROS, Enrique. 2006, Tratado de responsabilidad extracontractual, Op. cit., p. 1042.

una ordenación descentralizada (esto es, de mercado) del comportamiento empresarial. Por eso, sólo puede ser definida negativamente, a partir de las restricciones a la competencia”¹⁸¹. Los ilícitos antimonopólicos, buscan restringir las actuaciones de los agentes cuando ésta sea perjudicial para el orden público económico y para el mercado y no únicamente perjudicial para otros como ocurre en los ilícitos civiles. Los ilícitos en libre competencia no pueden obviar la importancia de los factores económicos y la lógica mercantil.

Dentro la lógica mercantil se asume que cada uno de los competidores querrá competir. La competencia significa una lucha por la superioridad y en el mundo comercial esto implica una lucha¹⁸² entre los competidores por alcanzar un mayor poder de mercado. Esto implica poner en práctica estrategias para obtener provecho y que, simultáneamente, su competencia se encuentre en desmedro. Resulta evidente que la regulación anticompetitiva “se encuentre a favor de que las empresas compitan, en precios, calidad e innovación; y que las empresas dominantes deben competir - y ser capaces de competir- al igual que las empresas que no son dominantes”¹⁸³.

¹⁸¹ Ibid, p. 1042.

¹⁸² WHISH, Richard. 2001, *Competition Law*, Londres, Ed: Butterworths, p.2.

¹⁸³ VAUGHAN, David. 2006, *EU Competition law: general principles*, Oxford, Ed: Vaughan & Robertson, p. 189. Traducción libre: “Competition policy is in favor of firms competing, on price, quality and innovation; and that dominant firms should compete –and be able to compete- as well as non-dominant ones.”

Las normas en materia de competencia buscan promover el esfuerzo de los agentes del mercado, promover mejores productos y a mejores precios, y con ello promover el desarrollo del mercado. La sola intención de dañar a la competencia no es necesariamente dañina, puede incluso fomentar el desarrollo del mercado, la “paradoja en esta materia es evidente: el derecho de la competencia puede actuar como un disuasivo de la competencia”¹⁸⁴.

En libre competencia se acepta que “no todo daño provocado intencionalmente tiene que ser indemnizado: la competencia daña al competidor, pero aumenta la eficiencia económica y permite que los consumidores accedan a los mejores precios, de modo que está justificada por razones de bienestar general”¹⁸⁵. Tampoco se pueden coartar los esfuerzos de los competidores por el sólo hecho de intentar dañar a otro ya que los esfuerzos por adquirir y preservar un cierto poder de mercado pueden beneficiar al mercado y a la libre competencia, “el objetivo de las normas de competencia es el de promover el esfuerzo de las empresas”¹⁸⁶. Se sanciona la conducta cuando ella atente contra el mercado, cuando implique una desviación del fin de la norma, y en definitiva, cuando implique una amenaza a la libre competencia en los mercados.

¹⁸⁴ Ibid, p.189. Traducción libre: “The paradox of this situation is obvious: that competition law may act as a deterrent to competition”.

¹⁸⁵ BARROS, Enrique. 2006, Tratado de responsabilidad extracontractual, Op. cit., p. 1044.

¹⁸⁶ MAILLO, Op. cit., p. 147.

Como analizamos anteriormente, para determinar cuándo una conducta es abusiva es necesario tomar en cuenta los principios generales, la noción de buena fe y de buenas costumbres en los casos en que el legislador no haya dado herramientas específicas para definir cuándo una conducta es abusiva.

Debido a la relevancia del análisis económico, el elemento intencional requiere ser analizado también a través de estos parámetros. En libre competencia el legislador ha dado una serie de escenarios ilustradores de conductas abusivas, sin embargo, la necesidad por concretizar el análisis ha marcado una tendencia hacia la objetivización.

3.3.3.3. Elemento volitivo del abuso de posición dominante.

La diferencia entre el uso y el abuso de un derecho resulta muy poco nítida. Distinguir cuándo aparece el elemento antisocial que lo vuelve abusivo resulta difícil. Tradicionalmente, el enfoque para determinar que una conducta es abusiva se ha centrado en la intención del agente. No obstante, si el concepto de abuso en libre competencia forma parte de un ilícito con un carácter plenamente objetivo, probar la intención misma del agente pareciera no ser necesario.

El elemento intencional existe en el ilícito anticompetitivo al igual como lo hace en el abuso civil. La intención del agente “es parte esencial del ilícito porque éste está caracterizado por la orientación final del acto a producir un efecto, querido o aceptado, que resulta contrario a la libre competencia”¹⁸⁷. De esta forma el elemento intencional se constata mediante la orientación de la conducta.

Paralelamente, en el derecho comunitario se ha entendido que “la naturaleza objetiva del concepto de abuso implica que no es necesario que concurra la intención de perjudicar, ni un comportamiento moralmente reprobable”¹⁸⁸. Esto se ha reafirmado por el TJCE en *Continental Can* en la que se declaró “que el hecho de que una empresa en posición dominante refuerce ésta hasta el punto de comprometer gravemente la libertad de comportamiento del consumidor en el mercado constituye un abuso incluso fuera de toda culpa, sean cuales fueran los medios o procedimientos utilizados a este efecto”¹⁸⁹. El análisis se centra en la conducta y la intención se mira en relación a ella también, a su orientación.

¹⁸⁷ BARROS, Enrique. 2006, Tratado de responsabilidad extracontractual, Op. cit., p. 1046.

¹⁸⁸ MAILLO, Op. cit., p. 158.

¹⁸⁹ TJCE, *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. c. Comisión*, asunto 6/72, 21 febrero 1973, p. 25

Un sector de la doctrina nacional ha dicho que en nuestra legislación la presencia del elemento intencional se expresa en la letra c del artículo 3 del DL 211 al exigir que la conducta sea “realizada con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”. Frente a esto podemos dudar si lo que se pide es que el agente tenga por objetivo alcanzar, incrementar o mantener la posición dominante, o si lo que se exige es que la conducta sea orientada a este objetivo.

En este mismo sentido se ha señalado que “el hecho, acto o convención para ser punible requiere que su objeto intencional – comprendiendo en éste tanto el dolo como la culpa – sea la ofensa de la libre competencia”¹⁹⁰. Pero nos parece difícil y poco probable que la intención del agente pueda ser el ofender a la libre competencia. La intención del agente probablemente estará dirigida a excluir competidores o a explotar su posición de dominio, todas estas, intenciones que contravienen la libre competencia pero que también van de la mano con la lógica mercantil.

En nuestra opinión, el elemento intencional si existe dentro del ilícito anticompetitivo pero se traduce en la orientación que adopta la conducta. Vale la pena analizar si al igual que en el derecho comunitario, se determinará y analizará en base a criterios objetivos.

¹⁹⁰ VALDÉS, Op. cit., p. 307.

Como hemos analizado anteriormente, es propio de la lógica económica que los agentes busquen aumentar su poder de mercado en desmedro de sus competidores lo cual no es de por sí dañino para el mercado o la libre competencia. Ahondar en el móvil del agente y sancionarlo por ser anticompetitivo resulta difícil de probar, pero sobretodo, contrario a la naturaleza del ilícito económico. El ilícito de abuso de posición dominante es un ilícito que tiene por objeto evaluar relaciones entre agentes de mercado y evaluar el mercado utilizando herramientas económicas. Por lo mismo es que analizar la intención de la conducta en base a parámetros subjetivos no sólo resulta difícil sino que también contrario a la naturaleza del ilícito y contrario a la naturaleza de las relaciones que el ilícito tiene por objeto resguardar.

CAPITULO 4.OBJETIVIZACIÓN DEL ABUSO.

El elemento intencional del abuso ha sufrido un proceso de objetivización. Pasó de ser un criterio subjetivo, tal como fue planteado en sus orígenes por la doctrina francesa, hasta llegar hoy en día a ser evaluado de forma objetiva. Esto obedece a la necesidad de parámetros concretos que posibiliten al juez aplicar estos ilícitos con criterios certeros y que su vez otorguen mayor seguridad jurídica.

4.1. Objetivización de la noción de abuso en materia Civil.

Motivado por la necesidad de parámetros concretos que permitan al juez sancionar una conducta abusiva, el análisis jurisprudencial ha transitado hacia un proceso de objetivación del elemento intencional. La doctrina y la jurisprudencia han establecido situaciones tipo que ilustran casos en los cuales hay una clara contravención a los principios generales del derecho. De esta forma el juez puede evaluar el ejercicio de un derecho subjetivo con la ayuda de parámetros que permiten orientar el análisis del juez.

4.1.1. Único propósito de dañar a otro y la ausencia de beneficio para el titular.

Actuar con el único propósito de dañar a otro resulta inaceptable para el derecho debido a que es contrario a los principios generales del derecho y “[r]epresenta un caso extremo de un acto contrario a las buenas costumbres, de modo que la legislación comparada del último siglo y la doctrina están de acuerdo unánimemente acerca de su ilicitud”¹⁹¹.

La exigencia de que dañar a otro sea el único propósito para actuar implica problemas a nivel probatorio¹⁹². La tendencia a la objetivación del elemento intencional otorga una solución ante estos problemas permitiendo también que la aplicación de este ilícito no quede a la discrecionalidad del juez. De esta manera la doctrina ha desarrollado situaciones tipo las cuales pueden resultar ilustrativas de la existencia de una intención abusiva siempre y cuando también se consideren las circunstancias específicas del caso.

Gran parte de la doctrina ha aceptado como una indiscutible situación de abuso cuando “el derecho se ejercita maliciosamente con el propósito de

¹⁹¹ BARROS, Enrique. 2006, Tratado de responsabilidad extracontractual, Op. cit., p. 632.

¹⁹² Ibid., p. 633.

dañar a otro, o sin que reporte utilidad alguna, como en el caso del art 945¹⁹³ del Código Civil”¹⁹⁴.

La falta de utilidad se ve directamente ligada con el único propósito de dañar a otro. “Cuando se ha demostrado la falta de utilidad para el autor del acto, es casi indemostrable la no existencia de “*animus nocendi*” en él”¹⁹⁵. Al no haber utilidad para el titular del derecho se entiende que éste lo ejerció solo para dañar a otro. “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”¹⁹⁶.

Esto está muy ligado a la teoría de la *aemulatio*, de origen romano, pero desarrollada por los glosadores y el derecho moderno La cual se refiere al ejercicio de derecho sin provecho para su titular y con el objeto de dañar a otro. Si bien, la *aemulatio* se ha asimilado al abuso de derecho, esta última resulta muy restringida pues sanciona únicamente la intención de dañar a

¹⁹³ Este es el antecedente del actual artículo 56 del Código De Aguas que se refiere a la construcción de pozos domésticos.

¹⁹⁴ FIGUEROA, Op. cit., p. 283.

¹⁹⁵ TERRAZAS, Juan. 2011, Abuso del derecho: definiciones en torno a su origen, Estudios de Derecho Privado libro homenaje al jurista René Abeliuk Manasevic, Santiago, Ed: Jurídica de Chile, p. 294.

¹⁹⁶ ILLANES, Op. cit., p. 81.

otro, y no la contravención a los principios generales y a las buenas costumbres.

La falta de utilidad constituye un punto de partida para el juez. Permite no sólo analizar de forma concreta la utilidad reportada o la inexistencia de la misma sino que también las demás circunstancias del caso que puedan llevar a concluir que la falta de utilidad implica una contravención a la buena fe o los demás principios generales.

4.1.2.Falta de interés serio.

De acuerdo a lo señalado por nuestra jurisprudencia y doctrina, para que haya abuso de derecho “debe existir un ánimo manifiesto de perjudicar o una evidente falta de interés”¹⁹⁷ u otra manifestación de esta intención antisocial.

Esta falta de interés serio por ejercer el derecho se traduce en que el agente lo ejerció de una forma contraria a las buenas costumbres, la buena fe, con la intención de dañar a alguien o simplemente en contravención del

¹⁹⁷ C. Suprema, Inmobiliaria Nacional Ltda. c/ Centrobanco, rol 2078-199[], 9 de noviembre 1992, § 4.

fin de la norma. “Los tribunales se basan frecuentemente en la carencia de un ‘interés serio’ para aceptar la existencia de un abuso de derecho”¹⁹⁸.

La falta de interés serio se puede reflejar en un comportamiento que resulta arbitrario y sin justificación de acuerdo a criterios lógicos y económicos. La “arbitrariedad o falta de justificación (...) constituye una actuación abusiva de ese derecho”¹⁹⁹ por lo que a través de esta falta de justificación y de seriedad, se puede entrever la actuación caprichosa.

La justificación puede estar dada por el hecho de que la actuación coincida con los fines propuestos por la misma norma, como también por el hecho de obtener un beneficio producto del actuar. No obstante, “la exigencia (...) generalmente puede ser eludida mostrando que la acción persigue algún fin cualquiera que sea atribuible al provecho personal del titular”²⁰⁰. Para evitar que éste parámetro constituya el punto de inflexión en la determinación del abuso, el juez está llamado a conocer y ponderar también las demás circunstancias en torno al caso.

¹⁹⁸ FIGUEROA, Op. cit., p. 284.

¹⁹⁹ ZULOAGA, Isabel. 2006, Teoría de la responsabilidad precontractual, aplicaciones en la formación del consentimiento de los contratos, Santiago, Ed: Lexis Nexis, p. 61.

²⁰⁰ BARROS, Enrique. 2006, Tratado de responsabilidad extracontractual, Op. cit., p. 633.

4.1.3.Desproporción entre el beneficio y el perjuicio causado.

La doctrina no sólo ha prohibido conductas en las cuales “el propietario realice actos que no le son útiles y que tienen como única finalidad la de dañar a otros, sino que prohíbe que el propietario impida a un tercero un uso menor del que es posible de la cosa, cuando este uso no produce un daño sensible, mientras beneficie de forma importante al tercero”²⁰¹.

La falta de beneficio proveniente de la conducta es un requisito que se puede eludir fácilmente, pudiendo el infractor justificar su conducta demostrando un mínimo beneficio. Frente a esto, la jurisprudencia también ha dado como parámetro alternativo para la determinación del abuso, la desproporción entre el beneficio obtenido y el perjuicio causado.

En este sentido se han pronunciado los tribunales chilenos, entendiendo que existe “abuso del derecho, en virtud del cual una actuación de suyo legítima se transforma en ilegítima si altera o afecta en forma grave el derecho legítimo de un tercero”²⁰². Esta desproporción entre el perjuicio causado y el beneficio obtenido materializa la contravención a la buena fe.

²⁰¹ TERRAZAS, Juan. 2011, Abuso del derecho: definiciones en torno a su origen, Estudios de Derecho Privado libro homenaje al jurista René Abeliuk Manasevic, Santiago, Ed: Jurídica de Chile, p. 295.

²⁰² C. de Apelaciones de San Miguel, Romagosa Irart, José con Club Árabe de Tiro al Vuelo, rol n°4-1985, 23 de enero 1985, § 15.

El artículo 56 del Código de Aguas ya citado ilustra esto al sancionar la desproporción como un indicio de que la conducta es abusiva, ya que si de ello no reportare utilidad alguna, *o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno*, será obligado a cegarlos.

La desproporción supone un ejercicio desleal, por ejemplo en el caso de un incumplimiento sustancial de un contrato o el egoísmo que se vislumbra a través del ejercicio de un derecho el cual se realiza sin considerar los perjuicios que le puedan ocasionar a terceros, dan a lugar a deberes de respeto y consideración²⁰³. La desproporción es indiciaria de contravención al principio de la buena fe y a los deberes de lealtad generales, al igual como ocurre en los casos de la teoría de la imprevisión. En ambos casos el legislador, a través del principio de la buena fe, da una alternativa al juez para salvaguardar situaciones en las cuales la desproporción infiere la antisocialidad de la conducta²⁰⁴.

Esta alteración al principio de la buena fe constituye el abuso. La aplicación de esta teoría “está sujeta a los criterios de excepcionalidad y de

²⁰³ BARROS, Enrique. 2006, Tratado de responsabilidad extracontractual, Op. cit., p. 637.

²⁰⁴ El CC también ha sancionado la desproporción contradictoria con la buena fe en algunas múltiples instituciones civiles tales como los vicios reheditorios, la excepción de contrato no cumplido (artículo 1552 del CC), la resolución por incumplimiento (artículo 1489 del CC), entre otros.

actuación contraria a la buena fe que caracterizan al abuso del derecho”²⁰⁵
los que a su vez develan expectativas normativas²⁰⁶.

4.1.4. Objetivización de la noción de abuso a través de criterios como la buena fe y las buenas costumbres.

Como hemos señalado anteriormente, algunos de los criterios para determinar que una conducta es abusiva son la buena fe y las buenas costumbres. Al ser la buena fe un criterio normativo objetivo que no atiende a la intención particular del agente el abuso del derecho pasa a tener también un criterio objetivo. Esto también ocurre respecto de las buenas costumbres el cual es también un criterio normativo objetivo. Lo que se analiza entonces es la conducta en sí misma y su orientación y sus resultados pueden ser esclarecedores de su orientación.

En este mismo sentido la Corte Suprema ha declarado que “el ejercicio de un derecho debe tener por límite la satisfacción de un interés serio y legítimo y que no cause daño o perjuicios a otra persona. En consecuencia, habrá abuso del derecho cuando el contenido de la acción

²⁰⁵ C. Suprema, Banco Security c. Cerva Almeyda, Jorge A. y otro, rol n°5978-10, 10 de noviembre 2011, § 14. La Corte se refiere a la contravención al principio de la buena fe en relación a la aplicación de la doctrina de los actos propios y de la pérdida de confianza. Por el hecho de haber actuado de forma tal que dio confianza al recurrente pero no hay conflictos de derechos y por ello no puede alegarse coalición de derechos pero si una contravención al principio de la buena fe y a un abuso de derecho.

²⁰⁶ BARROS, Enrique. 2006, Tratado de responsabilidad extracontractual, Op. cit., p. 635.

cause un daño patrimonial al tercero, ya que si tal daño no ocurre, no puede hablarse de un acto abusivo meramente formal. El abuso, en general, es un acto calificado por el resultado²⁰⁷. El resultado nos permitirá evaluar el carácter antisocial de la conducta desde una perspectiva objetiva, y por esto, resulta tan determinante.

En la actualidad la jurisprudencia ha tendido a calificar el abuso en relación a hechos concretos que finalmente reflejan la contrariedad a la buena fe o las buenas costumbres. El ejercicio en torno al abuso radicará en tomar en consideración hechos concretos tales como: los porcentajes otorgados en una propiedad comunitaria, el desconocimiento del contrato celebrado, el haber tapado la vista de una casa, que en definitiva nos permitirán aludir a parámetros tales como la falta de utilidad o la desproporción entre el daño y el beneficio obtenido.

4.2. Objetivización en materia de libre competencia.

El elemento intencional del abuso de derecho ha experimentado una tendencia hacia la objetivización. Esto mismo ha ocurrido en libre competencia y de forma aún más intensa. A continuación veremos cómo se

²⁰⁷ C. Suprema, Inmobiliaria Nacional Ltda. c/ Centrobanco rol n°2078-1992, 9 de noviembre 2004, § 6.

ha materializado el fenómeno de objetivización en la noción de abuso en el ilícito anticompetitivo.

4.2.1. Tendencia a la objetivización del abuso de posición dominante.

Desde hace un tiempo, en el derecho comunitario se ha venido gestando la necesidad por acotar el alcance de la prohibición de los ilícitos establecidos en los artículos 101 y 102 del TFUE. En materia de abusos se ha planteado la posibilidad de valorar la conducta en base a los efectos y de implementar elementos de análisis económicos²⁰⁸. De esta forma el análisis de la intencionalidad ya no radica en la conducta misma sino también en sus efectos y demás factores económicos. La orientación de la conducta se analiza en base a estos efectos y con ello en parámetros objetivo que permitan al legislador dirimir los conflictos y entregar una mayor certeza jurídica. Esto implica asumir que las conductas pueden tener apariencia de ilicitud pero que esta apariencia no es suficiente.

En el derecho comunitario se ha aceptado que el concepto de abuso de posición dominante es un concepto objetivo. Aceptar que es una noción objetiva “implica que no es necesario que concurra la intención de

²⁰⁸ ORTIZ, Op. cit., p. 5

perjudicar, ni un comportamiento moralmente reprobable”²⁰⁹ sino que importará un análisis de los hechos y de sus efectos. Existen ciertos casos en que si bien determinar la voluntad anticompetitiva del agente puede ser parte importante del análisis, la infracción se puede advertir aún sin la necesidad de éste²¹⁰.

Al ser la intención o finalidad de la conducta determinable a través de los hechos y de sus efectos, estos podrán ser evaluados en base a criterios económicos. Los hechos a los cuales nos referimos corresponden a la estructura de mercado, a las barreras de entrada al mercado, u otros. La “debilitación de la estructura de competición puede [por ejemplo,] constituir un abuso de la posición dominante”²¹¹. La debilitación, en este caso, constituye un indicio de la existencia de una conducta abusiva.

No es relevante ni menos determinante la voluntad del agente que detenta una posición dominante ya que “[la] conducta [por sí misma] debe ser capaz de influenciar la estructura del mercado recurriendo a métodos diferentes de aquellos que condicionan las bases de un desempeño en una

²⁰⁹ MAILLO, Jerónimo. 2008, Manual de Derecho de la Competencia, Madrid, Ed: Tecnos, p.158

²¹⁰ WHISH, Op. cit., p. 167.

²¹¹ TJCE, Europemballage Corporation Continental Can Company Inc. c. Comisión, asunto 06/72, 21 de febrero 1973, § 123.

competencia normal”²¹². La intencionalidad de la conducta se mirará con independencia de la voluntad del agente.

El mismo TJCE en 1979, a propósito de *Hoffmann – la Roche*²¹³, explicó que el concepto de abuso es un concepto objetivo en virtud del cual el comportamiento puede ser tildado de abusivo con prescindencia de la intención por infringir las disposiciones legales. “La conducta puede ser dañina para la estructura del mercado sin importar que haya intentado ser dañina o no”²¹⁴. De esta forma el TJCE abre la posibilidad de no tomar en consideración la intersubjetividad del agente de la conducta, y de realizar el análisis del abuso en base a la conducta y a las demás condiciones del mercado. La experiencia nacional no dista mucho de lo recién señalado. A pesar de que la Corte Suprema²¹⁵ y el TDLC no se han referido al concepto de abuso, han declarado en diversos casos que la intención anticompetitiva debe ser probada en materia de abuso, lo que en la práctica se ha traducido en inferir el abuso del análisis de la conducta misma.

La Corte Suprema ha reconocido como requisito del abuso de posición dominante la existencia de la intencionalidad de incurrir a la libre

²¹² KORAH, Op. cit., p.122. Traducción libre: “The conduct must be likely to influence the structure of the market through recourse methods different from those that condition normal”.

²¹³ TJCE, *Hoffmann-La Roche Co & AG. C. Comisión*, asunto 85/76, 13 de febrero de 1973.

²¹⁴ WHISH, Op. cit., p. 167. Traducción libre: “the concept of abuse is an objective one, meaning that behavior can be abusive even where the dominant undertaking had no intention of infringing Article 82. Conduct may be harmful to the structure of the market whether it was intended to be harmful or not”.

²¹⁵ Véase en C. Suprema, *Demanda de Voissnet S.A. contra Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A.*, rol n° 2140-2010, 14 de enero 2011, §16.

competencia a través de la conducta²¹⁶. Este requisito hace alusión a la orientación antisocial que caracteriza una conducta abusiva de acuerdo a la concepción tradicional de ésta. En la práctica, tanto la Corte Suprema como el Tribunal han dado por acreditado este requisito en algunos casos a través de la falta de justificación de la conducta, al no poder justificar la conducta más allá de la orientación anticompetitiva.

La tendencia a dar por acreditada la conducta como abusiva en virtud de la ausencia de justificación se ha visto en diversos casos. En *Empresa Eléctrica de Magallanes* se establece el abuso a partir de la falta de justificación de las alzas de las tarifas alegadas, en *ATREX*²¹⁷ respecto de la falta de justificación en relación a la fijación de precios, en *Empresa de Servicios Sanitarios Aguas Nuevo Sur Maule S.A.*²¹⁸ debido a los cobros excesivos, entre otros. A través de estos esfuerzos el TDLC ha intentado dar por acreditado la orientación antisocial de la conducta, dando por acreditado que las empresas acusadas “han tenido la inequívoca finalidad de restringir o entorpecer la entrada de competidores al mercado”²¹⁹.

²¹⁶ C. Suprema, Requerimiento de la FNE contra Empresa Eléctrica de Magallanes S.A., rol n° 5505-08, 26 de noviembre 2008, §3.

²¹⁷ TDLC, 75/2008, Demanda de Atrex y otros contra SCL, rol n° 113-06, §60.

²¹⁸ C. Suprema Demanda de Constructora e Inmobiliaria Independencia Ltda. en contra de Aguas Nuevo Sur Maule S.A., rol n° 5443-09, 18 de mayo 2010, §13.

²¹⁹ TDLC, 125/2012, Demanda de Laboratorio Recalcine S.A. contra Roche Chile Ltda., rol n° 229-11, 12 de octubre 2012, §22.

Esta tendencia no implica que el elemento intencional del abuso sea dejado de lado sino que éste sigue la misma suerte que en materia civil, es también objeto de la tendencia hacia la objetivización. La tendencia hacia la objetivización se ha producido con especial intensidad en libre competencia ya que concuerda con el análisis económico y fáctico que se realiza en esta materia. Además, permite que el análisis se fundamente, en mayor medida, en factores económicos. Los factores económicos pueden resultar más efectivos a la hora de estimar el daño y el bienestar de los consumidores.

En Europa la tendencia a la objetivización se ha visto con mayor fuerza. El antecedente principal respecto del concepto de abuso está dado por *Hoffmann-La-Roche*, ya mencionada anteriormente, la cual describe el concepto de abuso como objetivo y respecto del cual cabe hacer un análisis de las actividades del agente con posición dominante, que puedan influir en la estructura del mercado, en la intensidad de la competencia, y cuyos efectos sean nocivos en la competencia²²⁰.

La Comisión por su lado, en un documento elaborado en torno a la aplicación del artículo 82 relativo a los abusos exclusorios²²¹, se refiere a esta definición señalando que “implica que la conducta en cuestión debe, en primer lugar, tener la capacidad, por su naturaleza, de excluir la entrada de

²²⁰ TJCE, *Hoffmann-La Roche Co & AG. C. Comisión*, asunto 85/76, 13 de febrero de 1973, §91

²²¹ El año 2005 la Comisión Europea desarrolla un documento con el cual invita a los principales sectores económicos a dialogar en torno a los elementos estructurales de la prohibición del artículo 102 del TFUE en específico respecto de los actos exclusorios.

competidores al mercado. Dicha capacidad es establecida generalmente, mediante la investigación de la naturaleza de la conducta en cuestión. En segundo lugar, se debe establecer un efecto excluyente de mercado a partir de dicha conducta. Se entiende como conducta excluyente aquella en que los actuales o potenciales competidores se les niega completa o parcialmente una entrada rentable al mercado”²²².

La aptitud para generar efectos anticompetitivos de la conducta junto con el efecto anticompetitivo de la conducta en sí mismo es lo que permite al TJUE dar por establecido el abuso. La Comisión entiende que existe abuso en el ejercicio de un derecho por parte del agente cuando este ejercicio resulta incompatible con el mercado y se evidencia en efectos nocivos para la competencia. Distinguir si el agente está consciente o no del abuso cometido carece de relevancia y lo que define la orientación antisocial de la conducta es la aptitud exclusoria

No obstante, el parámetro objetivo no es excluyente del análisis tradicional respecto de la intención. Éste fue subyugado ante la clara intención abusiva en la sentencia referida a *Compagnie Maritime Belge*, en

²²² Discussion Paper, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Comisión de las Comunidades Europeas, diciembre 2005, § 58. Traducción libre: “This definition implies that the conduct in question must in the first place have the capability, by its nature, to foreclose competitors from the market. To establish such capability it is in general sufficient to investigate the form and nature of the conduct in question. It secondly implies that, in the specific market context, a likely market distorting foreclosure effect must be established. By foreclosure is meant that actual or potential competitors are completely or partially denied profitable access to a market”.

la cual la conducta se entiende abusiva tomando en consideración “el hecho de que las empresas hubiesen manifestado su intención de eliminar a su único competidor”²²³.

Esta tendencia a la objetivización en libre competencia implica entender que el factor económico en esta materia será el principal indicador de la ilicitud de la conducta y sobre el cual el análisis debe centrarse. De esta forma se podrá prever que las disposiciones legales no sean burladas por el ingenio y creatividad de los agentes del mercado y evitar restricciones innecesarias que puedan también desalentar la competencia²²⁴. La objetivización también logra entregar seguridad jurídica a los agentes del mercado ya que permite uniformar decisiones.

En nuestro país, el desarrollo jurisprudencial y doctrinario no ha sido tan acabado como en la Unión Europea. Se puede percibir esta tendencia a la objetivización a través de la jurisprudencia, pero, no podemos hablar de un marco definido que permita guiar el análisis objetivo dependiendo del tipo específico de conducta como si se ha intentado formar en la UE.

²²³ MAILLO, Op. cit., p. 159

²²⁴ REY, Patrick. 2006, Un enfoque económico del Artículo 82, Informe del EAGCP, Universidad de Navarra, OP (Volumen n°06/14), p. 2 y ss.

4.2.2.El elemento intencional se concluye en base a antecedentes objetivos.

El desafío que enfrenta el TDLC frente a las acusaciones de conductas constitutivas de un abuso de posición dominante radica en determinar si el agente es capaz de actuar de forma tal que amenace la libre competencia y si sus actuaciones pueden ser calificadas de abusivas.

En algunas ocasiones el TDLC ha tildado de abusivas actuaciones por el hecho de ser una expresión de su posición dominante sin ahondar en el hecho de si existió o no un abuso, sin ahondar mayormente en otros factores²²⁵. En otros, se ha referido a la intencionalidad en relación a la finalidad de la conducta. Desde nuestra perspectiva es aquella intencionalidad que determinará la existencia o inexistencia de un abuso. Esto se debe a que “la intencionalidad de la conducta es parte esencial del ilícito, porque este está caracterizado por la orientación final del acto a producir un efecto, querido o aceptado, que resulta contrario a la libre competencia (hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia), según la cláusula general del artículo 3^o”²²⁶.

²²⁵ TDLC, Demanda de Atrex y otros contra SCL, rol n° 113-06, 75/2008, 30 de septiembre 2008, §49.

²²⁶ BARROS, Enrique. 2006, Tratado de responsabilidad extracontractual, Santiago, Ed: Jurídica de Chile, p. 1040.

Entonces, cabe preguntarnos de qué antecedentes se puede concluir la existencia de la intención anticompetitiva.

En el búsqueda por determinar esta intencionalidad el TDLC ha sancionado de abusiva una conducta de acuerdo a la falta de justificación en su actuar que se traduce en finalidad antisocial. En *Recalcine*, el Tribunal establece como requisito del ilícito de abuso que se pruebe que los agentes “han tenido la inequívoca finalidad de restringir o entorpecer la entrada de competidores al mercado”²²⁷. La Corte Suprema, en *Lan Airlines y Lan Cargo*, especificó la necesidad de “existencia de una voluntad suya de infringir las normas sobre libre competencia”²²⁸. Esta falta de justificación es lo que hace pensar al Tribunal que la conducta estaba orientada a abusar de la posición y que no es simplemente una actuación inmersa en la lógica mercantil por lo que de ello desprende la intencionalidad anticompetitiva.

El TDLC también ha tendido a concluir de los antecedentes entregados por las partes, la existencia de esta orientación antisocial. Por ejemplo, en *Cámara de Comercio de Santiago* indicó que “no existen antecedentes en autos que permitan concluir que la CCS haya tenido la intención real de excluir”²²⁹, esto es, de realizar una conducta abusiva. A la

²²⁷ TDLC, Demanda de Laboratorio Recalcine S.A. contra Roche Chile Ltda., rol n°229-11, 125/2012, § 22.

²²⁸ C. Suprema, Requerimiento de la FNE en contra de Lan Airlines S.A. y Lan Chile Cargo S.A., rol n° 3732-2007, 10 de octubre 2007.

²²⁹ TDLC, Requerimiento de la FNE contra la Cámara de Comercio de Santiago A.G., rol n°203-10, 124/2012, 9 de agosto 2012, § 30.

luz de los antecedentes el TDLC no logró establecer esta orientación anticompetitiva.

En *Sal Punta de Lobos*, el TDLC estimó la existencia de la intención de excluir a la competencia, y por ende de abusar de su posición dominante, mediante la interposición de acciones judiciales y administrativas. Se concluyó la existencia de la intención anticompetitiva en base a que los intereses perseguidos en los diversos tribunales resultaban contradictorios. Es esta contradicción lo que debe entrever la intención antisocial y que muestra que su actuar no resulta conforme al DL 211. El Tribunal determinó que era “imposible advertir alguna utilidad para SPL -en caso de resultar vencedora en ellas- distinta de impedir la entrada de competidores al mercado nacional de la sal, conservando artificial e ilegítimamente su posición dominante en él”²³⁰. Tomando también en consideración que el puerto en disputa constituía una instalación esencial, las condiciones del mercado relevante y la posición dominante, el Tribunal determinó la existencia del ilícito de abuso de posición dominante.

El TDLC ha descansado su análisis en la falta de lógica o contradicción en el actuar del sujeto. Al no poder justificar la conducta de acuerdo a un comportamiento estratégico mercantil lícito, se puede inferir que existió una intención abusiva y por ende anticompetitiva.

²³⁰ TDLC, Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Sociedad Punta de Lobos S.A., rol n° 13-04, 47 /2006, 5 de diciembre 2006, § 88.

En *GTD Teleductos contra Empresa de los Ferrocarriles del Estado* se acusa a esta última de haber abusado de su posición dominante imponiendo precios discriminatorios. La Empresa de los Ferrocarriles del Estado posee un monopolio legal y natural por lo que claramente tiene una posición dominante gracias a su red ferroviaria y, la demandante en cuanto empresa de telecomunicaciones requiere de los servicios de la demandada para funcionar. Luego de analizar el mercado relevante, y los demás factores, el TDLC declara que la demandada, “atendida su posición dominante en el mercado de los atraviesos, está en condiciones de imponer las tarifas (...), sin que pueda estimarse, por las razones expresadas en las consideraciones precedentes, que se trate de una ‘mera proposición’ de EFE que pueda ser rechazada o discutida por sus clientes”²³¹.

Una vez concluida la capacidad de actuar de forma abusiva al detentar una posición dominante, el TDLC señala la falta de racionalidad en los precios fijados. Se determina la falta de racionalidad en relación a que los cobros no tienen fundamento en costos y que sólo pueden entenderse en base a factores de demanda y de disposición de pagar y no así en base al Reglamento alegado por la acusada. Es esta falta de racionalidad en la fijación de los precios que plasma la finalidad anticompetitiva de la conducta.

²³¹ TDLC, Demanda de GTD Teleductos S.A. contra EFE, rol n°100-06, 76/2008, 14 de octubre 2008, §36.

Así, el TDLC declara que “es posible presumir que la finalidad de EFE en la determinación de los precios de los atravesos consiste en apropiarse de la mayor proporción de los excedentes que genera ese mercado, mediante la diferenciación de precios por tipo de clientes y el cobro de valores arbitrarios, ejerciendo así en forma abusiva la posición dominante que tiene respecto de sus usuarios, quienes no pueden prescindir de sus servicios”²³². En esta ocasión el Tribunal infiere la finalidad de la conducta a partir del comportamiento típico monopolista y lo tilda de abusivo. Esta presunción de finalidad anticompetitiva puede resultar un tanto aventurada si no se toman otros factores en consideración pero si responde a la necesidad que tiene el TDLC por evaluar las conductas en relación a su orientación.

El abuso también se determinó en base a la finalidad de la conducta en *Philip Morris contra Chiletabacos*. En dicha ocasión se acusa a Chiletabacos de imponer cláusulas contractuales abusivas a los distribuidores para excluir a la competencia o impedir su ingreso al mercado. Tales cláusulas imponían incentivos por venta, exclusividad, entre otros. Al observar que la conducta tiene por objeto excluir o impedir la entrada al mercado y que dicha conducta es realizada por quien tiene una clara posición dominante como lo es Chiletabacos, se entiende que se está

²³² TDLC, Demanda de GTD Teleductos S.A. contra EFE, rol n°100-06, 76/2008, 14 de octubre 2008, § 50.

poniendo en riesgo a la libre competencia. La imposición de cláusulas y establecimiento de incentivos por quien tiene un poder de mercado de tal magnitud implica también una contravención a la buena fe y por ende es una conducta abusiva. La simple imposición de cláusulas contractuales no significa un atentado a la libre competencia ni un abuso, sino un simple uso de los derechos que le son conferidos por el ordenamiento y protegidos por el ordenamiento público económico.

Si bien el enfoque en la conducta misma puede dar señales acerca de la orientación de la conducta y de su licitud, esto no será siempre suficiente. En atención a la importancia de los factores económicos en libre competencia el análisis de la conducta no puede abstraerse de ellos ni de los resultados del actuar anticompetitivo. Por esta razón, en el derecho comparado se ha tendido a mirar con mayor relevancia los efectos producidos por la conducta en el mercado y a dar mayor importancia al análisis económico de los mismos.

Nuestro legislador ha mencionado su interés por que las conductas “no se califiquen sólo por su resultado”²³³ sino también por la orientación antisocial. Un análisis que descansa sólo en el resultado no permitiría sancionar las conductas que hayan puesto en peligro la competencia y en las cuales no haya habido o no se haya podido probar un daño efectivo. Frente a esto será necesario evaluar los posibles efectos en el mercado de la

²³³ Historia de la Ley, Compilación de textos oficiales del debate parlamentario, Ley 19.911, opinión versada por don Carlos Urenda, Gerente General de la Confederación de la Producción y del Comercio, p. 44.

conducta ilícita alegada. La evaluación respecto de los posibles efectos y de los efectos que fueron efectivamente provocados en el mercado nos dará una señal respecto de la orientación ilícita la cual se podrá medir en base a un análisis del mercado plenamente objetivo.

La intención abusiva se traduce entonces en la orientación de la conducta a impedir, entorpecer o restringir la libre competencia y lo cual se puede reconocer en base a los antecedentes concretos sin explorar en el querer interno del agente. El elemento intencional será probado de forma objetiva.

4.2.3.. Intentos por configurar un marco de análisis.

Como señalamos anteriormente, la regulación anticompetitiva establece los ilícitos de forma amplia, lo que se ha denominado como el tipo universal. Esta regulación puede ser poco precisa y por lo mismo dificultar su aplicación. En Chile, al existir un tribunal especializado gran parte de los riesgos producto de la imprecisión y complejidad de estas normas no se encuentran presentes²³⁴ ya que el análisis económico no será de por sí un

²³⁴ En la legislación comparada no siempre encontraremos un órgano especializado a cargo de resolver estos conflictos. Es el caso del modelo antitrust en el cual muchas veces los jueces no tienen la formación en economía que se requiere. “Economic theories are not only complex, but often they are insufficiently robust to be useful for antitrust purposes. We generally think of empirical testing as rigorous exclusion of alternative hypotheses, thus proving that a given explanation is correct”. HOVENKAMP, Herbert. 2005, *The Antitrust Enterprise, Principle and execution*, Cambridge, Ed: Harvard University Press, p. 45.

obstáculo. Por ello es que el desarrollo jurisprudencial y doctrinal resulta muy importante.

El principal problema a nivel nacional e internacional radica en la falta de transparencia en el proceso de análisis de las decisiones²³⁵. La regulación europea ante el problema de la falta de certeza respecto de lo que es sancionable o no, ha tendido a desarrollar un marco de análisis para las conductas anticompetitivas.

Debido al problema de certeza jurídica que se pudiese generar se ha pensado en establecer reglas claras y las cuales contenga un mecanismo seguro de implementación²³⁶. Las reglas pueden no ser siempre fiables y muchas veces llevar a errores o incluso restringir al mercado. La doctrina²³⁷ también ha propuesto determinar ciertos estándares los cuales obligarán a descubrir todos los hechos relevantes y sopesarlos. De esta forma se permitirá también un mayor grado de adecuación al caso concreto.

Este afán por dar alguna forma de orientación en favor de la seguridad jurídica se ha concretado en documentos que buscan orientar o

²³⁵ MONTI, Giorgio. 2007, *EC Competition Law*, Nueva York, Ed: Cambridge University Press, p. 16.

²³⁶ Traducción libre: "One route to legal certainty would be to express all competition law in the form of rules. Rules have what has been called formal realisability: a determinate set of facts triggers the application of a law." MONTI, Giorgio. 2007, *EC Competition Law*, Nueva York, Ed: Cambridge University Press, p. 16.

²³⁷ Nos referimos una vez más al análisis propuesto por Giorgio Monti. MONTI, Op. cit., p. 17.

dirigir. Estos emanan de la Comisión Europea, o se materializan en reglamentos²³⁸ o, simplemente, por reglas propuestas por la doctrina. En materia de abusos, uno de estos intentos se ve plasmado en el *Discussion Paper* antes citado²³⁹, destinado a guiar la aplicación del artículo 82 en relación a abusos exclusorios. El *Discussion Paper* intenta establecer principios y *tests* que se ajusten a la conducta específica dentro de lo posible²⁴⁰.

En este documento emitido por la Comisión, “ha tratado de definir criterios que le permitan distinguir entre las prácticas abusivas y las prácticas que son el resultado de la competencia normal en el mercado (*competition in the merits*). En particular, el Documento de discusión subraya que sólo aquellos comportamientos que efectivamente excluya a los competidores del mercado (*effect-based-approach*) serán considerados como abusivos por la Comisión Europea. Adicionalmente, la institución ha propuesto en este documento algunas bases de análisis de manera que los comportamientos potencialmente abusivos sean analizados a la luz de un estándar económico bien definido, que no es otro que el bienestar de los consumidores (*consumer welfare estándar*)”²⁴¹.

²³⁸ Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

²³⁹ Discussion Paper, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Comisión de las Comunidades Europeas, diciembre 2005,

²⁴⁰ Discussion Paper, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Comisión de las Comunidades Europeas, diciembre 2005, § 56.

²⁴¹ MAILLO, Op. cit., p. 149.

En función de estos criterios es que cualquier otra debilitación en la estructura de competición²⁴² conforma un indicio de abuso. No importa la voluntad del agente que detenta una posición dominante, importa que la conducta sea capaz de influenciar el mercado a través de métodos ajenos a una competencia normal²⁴³.

En definitiva, “el esquema de la Comisión Europea es claro: ofrecer un marco general de análisis, reglas particulares para supuestos de prácticas concretas, que dan lugar a un ‘presunción’ de conductas abusiva –y, por tanto, contraria al Artículo 102 del Tratado CE-, presunción que puede ser refutada por una serie de defensas o justificaciones”²⁴⁴. Por esta razón podemos aseverar que la tendencia hacia la objetivización en Europa se encuentra claramente muy avanzado lo que permite un mayor desarrollo jurisprudencial en relación a la orientación de la conducta y del ilícito de abuso en general.

4.2.4.Desarrollo de tests.

²⁴² TJCE, Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. c. Comisión, asunto 6/72, 21 febrero 1973, § 123.

²⁴³ KORAH, Valentine. 2004, An introductory guide to EC Competition law and Practice, Oxford, Ed: Hart Publishing, p. 122. Traducción libre: “The conduct must be likely to influence the structure of the market through recourse to methods different from those that conditional normal competition”.

²⁴⁴ DIEZ, Fernando. 2006, El Discussion Paper de la Comisión Europea: ¿reformas en la regulación del Artículo 82 del Tratado CE?, Gaceta Jurídica de la UE y la Competencia, (número 242), p. 17.

Muchas veces el mirar la conducta en sí misma y la estructura de mercado no será suficiente para determinar si la conducta constituye un mero uso o más bien un abuso. Es por esta razón que se han desarrollado una serie de *tests* aplicables a la conducta. Estos han sido desarrollados principalmente por el derecho estadounidense a través del *Department of Justice*²⁴⁵.

Estos *tests* permitirán determinar la conducta es o no anticompetitiva. Algunos de los *tests* son por ejemplo aquel del rival más eficiente, el “*effects – balancing*”, “*profit sacrifice*”, “*no economic sense*”, el de la falta de proporcionalidad, entre otros.

El test del rival igualmente eficiente ha sido aplicado principalmente en relación a precios predatorios y tiene por objeto no penalizar a las empresas por tener costos más bajos que sus rivales y por ende precios acordes a estos costos. Por lo que “un precio es predatorio solo si es calculado razonablemente con el objeto de excluir a un rival que es al menos tan eficiente que el demandado”²⁴⁶.

²⁴⁵ US Department of Justice, Competition and Monopoly: single firm conduct under Section 2 of the Sherman Act, Washington, 2008.

²⁴⁶ NUÑEZ, Maritza. (sin año), Observaciones al documento de la comisión sobre la aplicación del artículo 82 TCE a los abusos de exclusión, Madrid, p. 11.

El “*effects-balancing*” test considera si la conducta en cuestión reduce la competencia creando suficientes mejoras en el desempeño para que se pueda contrarrestar el potencial efecto anticompetitivo. Este test pone el acento en el perjuicio del consumidor y ve el efecto neto de la conducta comparándolo con una realidad virtual.

El “*no economic sens*” test analiza si la conducta aportó utilidad alguna, más allá del efecto exclusorio. Este test ha sido utilizado por el TDLC en el (...) al estimar que “que no existen razones técnicas o económicas que justifiquen la imposición de las cláusulas contractuales cuestionadas”²⁴⁷.

El “*profit sacrifice*” test mira la rentabilidad de la conducta. Analiza si la conducta es más rentable en el corto plazo que otra de las conductas que pudiese haber realizado sin tener efectos exclusorios mayores o similares. De no ser más rentable se entiende que se sacrificaron utilidades en favor de la conducta abusiva exclusoria.

Debemos tener en cuenta que estos *tests* han sido desarrollados dentro del modelo antitrust y por lo mismo obedecen a aquella lógica en materia de monopolios.

²⁴⁷ TDLC 45/2006, Demanda de Voissnet S.A. y Requerimiento de la FNE en contra de CTC, rol n°60-05, 26 de octubre 2006, § 50.

Observamos que la búsqueda de un marco de análisis que dé a lugar a un mayor grado de certeza se hará tomando en cuenta elementos objetivos del mercado, de la conducta y se analizarán desde un punto de vista económico, para ver si éstos son anticompetitivos o no. Si bien la Comisión, el *Department of Justice* o la doctrina dan ciertos parámetros para poder definir la conducta, al final del día el análisis dependerá de las especificidades del caso lo que concuerda con la naturaleza misma del concepto de abuso.

4.2.5. Tendencia economicista.

La tendencia hacia la objetivización se enmarca en las críticas realizadas a la Comisión respecto de la aplicación del artículo 82 por ser “excesivamente formales en la aplicación de esta disposición”²⁴⁸. Frente al problema de establecer cuándo una conducta es abusiva con la ayuda únicamente de parámetros objetivos se ha propuesto por la doctrina europea la implementación de una regla *per se* para el artículo 102 del TFUE la cual ha sido también motivo de críticas. Uno de los argumentos en contra de este excesivo formalismo se basa en que la conducta puede parecer ilícita *per se* ya que no se toman en consideración los demás factores económicos. Otra crítica que se le hace a este enfoque formalista contempla lo problemático

²⁴⁸ MAILLO, Op. cit., p.148

que puede resultar el probar los efectos significativos que puede tener la conducta en el mercado²⁴⁹.

Frente al excesivo formalismo se ha desarrollado una tendencia a determinar la conducta de abusiva en virtud de los efectos que ella produce. Si los efectos de ella son actual o potencialmente nocivos para la libre competencia el Tribunal o el órgano encargado de sancionar las tildara de abusivas.

La tendencia a la objetivización de la conducta ha ido más allá del análisis en base a criterios objetivos, sino que también dando cada vez más relevancia al análisis económico de los efectos de la conducta. Esto es lo que se ha entendido como la tendencia economicista.

Desde una perspectiva economicista, la competencia se determina en función del bienestar del consumidor el cual “se maximiza mediante la eficiencia económica, y por lo tanto cualquier actividad que tenga como consecuencia una reducción del volumen de producto final (output) será económicamente ineficiente, perjudicará al consumidor y ha de ser por ello

²⁴⁹ WHISH, Op. cit., p. 199

perseguida”²⁵⁰. En esta misma lógica es que muchos de los *tests* antes señalados resultan útiles.

En la regulación europea en materia de abuso de posición dominante, se entiende que “hoy en día conviven, mal avenidos, dos posibles estándares de aplicación del artículo 82 TCE: uno real, clásico y “formal” – por más jurídico- establecido en la jurisprudencia del TJCE y del TPI; y otro propuesto, nonato, “basado en los efectos” y mucho más economicista”²⁵¹. En este mismo sentido es que ha predominando la clasificación de abuso exclusorio y abuso explotativo debido a que detenta “un enfoque más económico que formalista del Artículo 82, en el sentido de no atender tanto a las listas de prácticas anticompetitivas (predación, discriminación, venta vinculada, negativa de suministro, etc...) sino a sus efectos restrictivos”²⁵².

Esta tendencia tiene mayor fuerza a nivel internacional. Sin embargo nuestro país devela ya ciertos indicios de esta tendencia. Así lo confirma la Comisión asesora presidencial señalando que con las reformas del año 2003 “se aprecia un mayor uso de consideraciones económicas en la identificación de los casos que son analizados por estos organismos y en el

²⁵⁰ ROMAN, Jorge. 2004, Aspectos Jurídicos y Económicos del Delito de Abuso de Poder Económico, Tesis para optar al grado de abogado, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, p. 5.

²⁵¹ MAILLO, Op. cit., p. 149.

²⁵² DIEZ, Fernando. 2006, El Discussion Paper de la Comisión Europea: ¿reformas en la regulación del Artículo 82 del Tratado CE?, Gaceta Jurídica de la UE y la Competencia, (número 242), p. 3.

fundamento de las correspondientes sentencias, lo que ha sido destacado por organismos externos, como la OECD”²⁵³.

²⁵³ Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia, julio 2012, p. 8.

CONCLUSIONES

La noción de derechos subjetivos responde a la concepción social que se tiene del derecho. Hoy en día es indiscutible su rol social, a tal punto, que incluso el derecho de propiedad, derecho que posee gran dimensión individualista, está limitado en por su función social. El abuso de derecho sólo puede existir dentro de una concepción relativista del derecho subjetivo, una que acepte limitaciones internas a la facultad o poder otorgado por ley.

Los derechos subjetivos permiten concretizar la libertad reconocida y otorgada por el derecho. La contracara a este reconocimiento son las limitaciones, las cuales pueden ser internas o externas. Las limitaciones internas están dadas por los objetivos buscados por la norma y por el derecho en general. De esta forma, la protección de la colectividad y el bienestar social son asegurados. Una forma de poder evaluar que el derecho subjetivo esté siendo ejercido en favor de la colectividad y de los demás objetivos buscados por el ordenamiento será evaluando la conducta en relación a la buena fe, al orden público y las buenas costumbres.

Muchas son las formas de concebir el abuso de derecho, sin embargo, todas las posturas concuerdan en que tiene por objeto limitar el ejercicio de

un derecho reconocido por la ley. La sanción recae en los límites internos de estos derechos, convirtiendo la conducta aparentemente lícita en ilícita.

Qué es lo que constituyen la contravención a los límites internos es lo que ha tenido mayor discusión a nivel doctrinal. Algunos postulan por el móvil ilegítimo, o la antisocialidad de la conducta o incluso la intención maligna. A pesar de la falta de consenso existe un claro reconocimiento respecto de existencia del elemento intencional, por lo que decidimos indagar en cómo éste se presenta y evalúa.

La noción de abuso se encuentra presente en diversos ilícitos dentro del ordenamiento jurídico y en cada uno de estos casos el elemento intencional también está presente. Por esta razón decidimos indagar en uno de estos casos y profundizar en su elemento intencional. Elegimos indagar en la figura de abuso utilizada en el ilícito de abuso de posición dominante en el derecho de la libre competencia.

La legislación anticompetitiva a nivel nacional se basó en la legislación estadounidense y europea. Estas últimas habían logrado un mayor desarrollo del marco regulatorios de los ilícitos anticompetitivos. por lo que en materia de abuso de posición dominante hay una clara influencia europea. Esto se ve del sólo texto de la ley y de la actitud que el legislador

adopta frente a la posición de dominio, la cual no es sancionada en nuestro derecho como tampoco en el derecho de la Unión Europea.

Tomando aquello como base, nos concentramos en el desarrollo del ilícito en Europa. Allí existe una clara influencia del abuso civil sobre el ilícito de abuso de posición dominante. Esto se explica por la influencia alemana sobre la legislación europea. En Alemania se utilizó la figura del abuso de derecho para sancionar actos que pudiesen vulnerar el mercado y realizados en virtud del poder de mercado.

Al ser la misma noción de abuso presente en el ilícito de abuso de derecho y en el ilícito de abuso de posición dominante, importa entender cómo es que el elemento intencional se configura en ambos casos.

De acuerdo a lo que hemos podido concluir, en materia civil la ilicitud se traduce en la vulneración a los principios generales del derecho, la buena fe, las buenas costumbres, u otra directriz entregada por el ordenamiento jurídico en el cual se refleja la finalidad del derecho y del deber genérico de no dañar a otro. Mientras que en libre competencia, si bien el legislador enumera situaciones con el ánimo de ilustrar lo que se entiende por *abusivo*.

Indagamos en las características del abuso de posición dominante y del derecho de la libre competencia. Esto para poder entender la naturaleza de este ilícito y sobre todo en cómo es que fue concebida la intencionalidad de la conducta. Logrando así entender que las situaciones ejemplificadoras que el legislador plasmó en el artículo 3° letra b y c del DL 211 concuerdan con la buena fe, las buenas costumbres y los demás principios generales rectores dentro de nuestro ordenamiento jurídico. El legislador ha tratado estos dos ilícitos de forma diferente debido a que responden a diversas necesidades y son aplicables a diversos tipos de relaciones.

Junto con analizar cómo es que el legislador trata el elemento intencional nos interesó indagar en cómo es que la jurisprudencia ha llevado a determinarlo. Así fue como llegamos a observar la tendencia a la objetivización de este elemento dentro del ilícito de abuso.

En materia civil tomamos la experiencia jurisprudencial para entender que el elemento intencional es determinado mediante la prueba de la falta de interés, de la desproporción entre el perjuicio y beneficio resultante de la conducta, de la falta de beneficio obtenido, entre otros.

Mientras que en el abuso de posición dominante, la intencionalidad se ha tendido a probar en algunos casos por el hecho de ser una conducta típica monopolista como también a través de los efectos y demás factores

económicos que son tan importantes en esta materia. Vimos como el TDLC ha podido concluir que una conducta resulta abusiva por el hecho de no responder a una lógica económica.

Si bien en nuestro país la tendencia a la objetivización de la conducta aún no se encuentra enraizada como ocurre en el modelo europeo, hay una tendencia marcada.

En el modelo comunitario también pudimos notar una tendencia economicista, que tiene por objeto enfocarse principalmente en los efectos de la conducta. Tendencia que creemos puede replicarse en nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABELIUK, René. 2008, De las obligaciones, Tomo II, Santiago, Ed: Jurídica de Chile;
2. ALESSANDRI, Arturo. 1998, Tratado de derecho civil: partes preliminar y general 1895 - 1975, Tomo I, Santiago, Ed: Jurídica de Chile;
3. ALESSANDRI, Arturo. 2005, De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno, Santiago, Ed: Jurídica de Chile;
4. AMUNÁTEGUI, Carlos. 2012, Las relaciones de vecindad y la teoría de las inmisiones en el Código Civil, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (XXXVIII);
5. ATIENZA, Manuel. 2000, Ilícitos atípicos: sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder, Madrid, Ed: Trotta;
6. ATIENZA, Manuel. 2004, El sentido del Derecho, Barcelona, Ed: Ariel Derecho;

7. BARROS, Enrique. 1985, Legislación y práctica de la libre competencia, un coloquio con el profesor Ernst J. Mestmäcker, Mesa Redonda, Estudios Públicos, (volumen 17);
8. BARROS, Enrique. 1999, Límites de los derechos subjetivos privados. Introducción a la doctrina del abuso de derecho, Revista de derecho y humanidades, (volumen 7): página 11 y ss.;
9. BARROS, Enrique. 2006, Tratado de responsabilidad extracontractual, Santiago, Ed: Jurídica de Chile;
10. BARROS, Enrique. (sin año), Edición del curso de diplomado sobre responsabilidad extracontractual;
11. BELLO, María. 2009, Derecho de la libre competencia comunitario y español, Navarra, Ed: Thomson/Aranzadi;
12. BOETSCH, Cristian. 2011, La buena fe contractual, Santiago, Ed: Jurídica de Chile;
13. BUGALLO, Beatriz. 2012, Abuso de posición dominante: derecho comparado y derecho uruguayo vigente, Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo;

- 14.**CABANELLAS, Guillermo. 1983, Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia, Buenos Aires, Ed: Heliasta S.R.L.;
- 15.**COOTER, Robert, ULEN, Thomas. 2008, Derecho y economía, México D.F., Ed: Fondo de cultura económica;
- 16.**CORRAL, Hernán. 2007, La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno, Revista de Derecho Privado (Universidad Externado de Colombia), (N° 12-13);
- 17.**CRAIG, Paul, DE BÚRCA, Grainne. 1998, EU law, text, cases and materials, Nueva York, Ed: Oxford University Press;
- 18.**DABIN, Jean. 1889, El derecho subjetivo, Revista de derecho privado, Traducción: Francisco Osset;
- 19.**DE LA CRUZ FERRER, Juan. 2002, Principios de Regulación Económica en la Unión Europea, Madrid, Ed: Instituto de Estudios Económicos;
- 20.**DIEZ-PICAZO, Luis; GULLON, Antonio. 1998, Sistema de Derecho Civil, Volumen I, Madrid, Ed: Tecnos;

- 21.**DIEZ, Fernando. 2006, El Discussion Paper de la Comisión Europea: ¿reformas en la regulación del Artículo 82 del Tratado CE?, Gaceta Jurídica de la UE y la Competencia, (número 242);
- 22.**Discussion Paper. 2005, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Comisión de las Comunidades Europeas;
- 23.**DUGUIT, León. 1921, Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón, traducción: C.G. Posada, Madrid, Ed: Analecta;
- 24.**FERNÁNDEZ, Carlos. 1992, Abuso del derecho, Buenos Aires, Ed: Astrea;
- 25.**FIGUEROA, Gonzalo. 2006 Curso de Derecho Civil, Tomo I y II, Santiago, Ed: Jurídica de Chile;
- 26.**FLINT, Pinkas. 2002, Tratado de defensa de la libre competencia, Lima, Ed: Fondo Pontificia Universidad Católica;
- 27.**FLUME, Werner. 1998, El negocio jurídico, Parte general de Derecho Civil, Tomo II, Madrid, Ed: Fundación cultural del notariado, traducción: José María Miquel y Esther Gómez;

- 28.**FUEYO, Fernando. 1958, De las obligaciones, Santiago, Ed: Universo;
- 29.**GARCÍA, William. 2010, Manual de la Libre Competencia, Tomo I, Santiago, Ed: Thomson Reuters;
- 30.**GUZMÁN, Alejandro. 2003, Historia de la denominación del Derecho – Facultad como subjetivo, Revista de Estudios Históricos – Jurídicos, Sección Historia del Pensamiento Jurídico, (Volumen XXV), pp. 407 – 443;
- 31.**Historia de la Ley, Compilación de textos oficiales del debate parlamentario, Ley 19.911;
- 32.**HOVENKAMP, Herbert. 2005, The Antitrust Enterprise, Principle and execution, Cambridge, Ed: Harvard University Press;
- 33.**ILLANES, Claudio. 2005, II Curso de actualización jurídica “Teorías del derecho civil moderno”, Santiago, Ed: Universidad del Desarrollo;
- 34.**Informe de la comisión asesora presidencial para la defensa de la libre competencia, julio 2012;

- 35.**IRURETA, Pedro. 2011, Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno, Revista Ius et Praxis, Año 17, (Nº 2);
- 36.**ISLER, Erika. 2011, La relatividad de los derechos subjetivos de los consumidores, Revista de Derecho, Volumen XXIV, (nº2);
- 37.**JONES, Cristopher. 2007, VON DER WOUDE, Marc. EC Competition law handbook, Londres, Ed: Thomson;
- 38.**JOSSERAND, Louis. 1927, De l'esprit des droits et de leur relativité, Paris, Ed: Librairie Dalloz;
- 39.**KORAH, Valentine. 2004, An introductory guide to EC Competition law and Practice, Oxford, Ed: Hart Publishing;
- 40.**LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. 1998, Los contratos, Parte general, T. 2, Santiago, Ed: Jurídica de Chile;
- 41.**MACKENRODT, Mark – Oliver, et. al. 2008, Abuse of dominant position: new interpretation, new enforcement mechanisms?, Ed; Springer;
- 42.**MAILLO, Jerónimo. 2008, Manual de Derecho de la Competencia, Madrid, Ed: Tecnos;

- 43.MANRIQUEZ, Vicente. 2011, Ejercicio abusivo del derecho de acción y de petición y sus efectos en materia de libre competencia, Memoria para optar al título de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho;
- 44.MARKOVITCH, Milivoie. 1936, La théorie de l'abus des droits en droit comparé, Paris, Ed: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence;
- 45.MEDINA, José. 1950, La buena fe en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, Memoria para optar al grado de licenciado en la facultad de ciencias jurídicas y sociales, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho;
- 46.MEGÍAS, José. 2003, El derecho subjetivo en el Derecho Romano (un estado de la cuestión), Revista de estudios histórico – jurídicos, (XXV);
- 47.MERRYMAN, John. 1989, Sistemas legales en América Latina y Europa. Tradición y modernidad, traducción: Eduardo L. Suarez, México D.F., Ed: Fondo de cultura económica;
- 48.MEZA, Ramón. 1996, Manual de derecho civil, Tomo II, Santiago, Ed: Jurídica de Chile;

- 49.**MIRANDA, Alfonso, GUTIERREZ, Juan. 2006, Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio v/s los beneficios de la competencia, Revista de Derecho Competencia, (nº2), volumen 2;
- 50.**MOTTA, Massimo. 2004, Competition policy: theory and practice, Nueva York, Ed: Cambridge University Press;
- 51.**MONTI, Giorgio. 2007, EC Competition Law, Nueva York, Ed: Cambridge University Press;
- 52.**NUÑEZ, Maritza. (sin año), Observaciones al documento de la comisión sobre la aplicación del artículo 82 TCE a los abusos de exclusión, Madrid;
- 53.**OPAZO, Ernesto. 1962, La Comisión Antimonopolios y el estudio del título V de la ley 13.305, Santiago, Ed: Jurídica de Chile;
- 54.**ORTIZ, Ingrid. 2011, Vientos de cambio en el ámbito del abuso de la posición de dominio: La aplicación de la “regla de la razón” a los abusos de exclusión en el Derecho europeo de la competencia. Revista Mercatoria, (nº1), volumen 10;

- 55.**PÉREZ, Begoña. 2013, La aplicación de la política de ayudas de Estado a Gibraltar;
- 56.**PITOFISKY, Robert. 2008, How the Chicago school overshot the Mark, Nueva York, Ed: Oxford University Press;
- 57.**PIZARRO, Carlos. (sin año), La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno;
- 58.**RAMOS PAZOS, René. 2004, De las obligaciones, Santiago, Ed: Lexis Nexis;
- 59.**REY, Patrick. 2006, Un enfoque económico del Artículo 82, Informe del EAGCP, Universidad de Navarra, OP (Volumen n°06/14);
- 60.**RODRIGUEZ, Lino. (sin año), El abuso del Derecho, Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, México D.F.;
- 61.**ROMÁN, Jorge. 2004, Aspectos Jurídicos y Económicos del Delito de Abuso de Poder Económico, Tesis para optar al grado de abogado, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos;

- 62.ROUSSEAU, Jean Jaques.** 1984, El contrato social, México D.F.,
Ed: Unam, 4ta edición;
- 63.ROMAN, Jorge.** 2004, Aspectos Jurídicos y Económicos del Delito
de Abuso de Poder Económico, Tesis para optar al grado de
abogado, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos;
- 64.SANTOS, Jorge.** 2006, Instituciones de responsabilidad civil,
Tomo I, Bogotá, Ed: Antártica;
- 65.SAVIGNY, Friedrich Karl.** 1981, Textos clásicos, México D.F.,
Ed: Universidad nacional autónoma de México;
- 66.TERRAZAS, Juan.** 2011, Abuso del derecho: definiciones en torno
a su origen, Estudios de Derecho Privado libro homenaje al jurista
René Abeliuk Manasevic, Santiago, Ed: Jurídica de Chile;
- 67.US Department of Justice, Competition and Monopoly: single firm
conduct under Section 2 of the Sherman Act, Washington, 2008;**
- 68.VALDÉS, Domingo.** 2006, Libre competencia y monopolio,
Santiago, Ed: Jurídica de Chile;
- 69.VAN BAELE & BELLIS.** 2005, Competition law of the European
Community, La Haya, Ed: Kluwer Law International;

- 70.VAUGHAN, David. 2006, EU Competition law: general principles, Oxford, Ed: Vaughan & Robertson;
- 71.VERGARA, Francisco. 1998, Derecho de aguas, Tomo II, Santiago, Ed: Jurídica de Chile;
- 72.VILLEY, Michel. 1976, Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo, Valparaíso, Ed: Universitarias de Valparaíso;
- 73.WALKER, Elisa. 2007, Responsabilidad extracontractual en el derecho de autor, referencias específicas a las redes digitales, Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho;
- 74.WHISH, Richard. 2001, Competition Law, Londres, Ed: Butterworths;
- 75.WURMNEST, Wolfgang. 2008, The Reform of Article 82 EC in the Light of the “Economic Approach”, en Abuse of dominant position : New interpretation, new enforcement mechanisms?, Heidelberg, Ed: Springer; y,

76.ZULOAGA, Isabel. 2006, Teoría de la responsabilidad precontractual, aplicaciones en la formación del consentimiento de los contratos, Santiago, Ed: Lexis Nexis.

LEYES Y OTROS.

1. Código Civil;
2. Código de Aguas;
3. Decreto Ley 211 de 1973;
4. Ley 19.496 de 1997;
5. Ley 13.305 de 1959, Título V;
6. Sherman Act de 1890;
7. Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero de 1950;
8. Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado;
9. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.