

EN LO PRINCIPAL: HACIENDO USO DE UNA CITACIÓN, FORMULA OBSERVACIONES A INFORME EN DERECHO QUE INDICA. OTROSI: ACOMPAÑA COPIA ELECTRONICA DE ESTA PRESENTACIÓN.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

PEDRO MATTAR PORCILE y FREDDY RAMIREZ LEÓN, abogados, en representación de **FARMACIAS CRUZ VERDE S.A.**, en los autos caratulados **"Requerimiento de la FNE en contra de Farmacias Ahumada S.A. y otras"**, Rol N°184-08, a este H. Tribunal respetuosamente decimos:

Que, estando dentro de plazo, venimos en hacer uso de la citación respecto del documento acompañado a fojas 636 de estos autos, formulando las observaciones que se desarrollan a continuación:

I.- ANTECEDENTES.

Con fecha 31 de marzo de 2009, este H. Tribunal tuvo por acompañado, con citación, el **"Informe en Derecho acerca de una conciliación entre Fiscalía Nacional Económica y Farmacias Ahumada S.A."**, en adelante **"El Informe"**, elaborado a petición de Farmacias Ahumada S.A., en adelante **"Fasa"**, por don Domingo Valdés Prieto.

En el referido Informe, en lo sustancial, se concluye que el acuerdo de conciliación a que arribaron Fasa y la Fiscalía Nacional Económica, en adelante **"FNE"**, de fecha 13 de Marzo de 2009, presentado a este H. Tribunal con fecha 23 del mismo mes y año, cumpliría ***"con todas las exigencias legales para constituir una convención conciliatoria antimonopólica válida y que requiere de la aprobación del TDLC confirmando que no atenta contra la libre competencia"***.

II.- ALCANCES DE ESTAS OBSERVACIONES.

Desde ya hacemos presente a este H. Tribunal, que mediante esta presentación pretendemos fijar nuestras consideraciones a los alcances y conclusiones que nacen del mérito del Informe en Derecho, en especial mediante la exposición de cinco aspectos esenciales, que en concepto de esta parte, autorizan a cuestionar dicho informe y, por extensión el valor que de éste pretende extraerse. Con particular énfasis, en la perspectiva del derecho público y de la libre competencia, destacando los efectos que tendría el denominado "Acuerdo de Conciliación", celebrado por la FNE y Fasa (en adelante "El Acuerdo de Conciliación") de mantenerse en los términos propuestos y analizados por el Informe, especialmente en lo que dice relación con las "multas" y la posibilidad de los terceros afectados de demandar perjuicios.

Los puntos que se destacarán a continuación y que desarrollaremos por separado, son los siguientes:

- 1.- Que la opinión vertida en el Informe, contradice las opiniones previas del informante.
- 2.- Que la FNE, contrariamente a lo que se sostiene en el Informe, no está "**dotada de claras atribuciones para transigir**".
- 3.- Que el Acuerdo Conciliatorio que se propone, aceptando la hipótesis de la confesión extrajudicial de Fasa, dejará al autor de un ilícito infraccional antimonopolios, exento de toda sanción a sus actos. La "**donación modal**" en beneficio fiscal que ofrece Fasa, no es una multa y, podría recibir, incluso, los beneficios de la Ley 19.885, sobre donaciones con fines sociales.
- 4.- Que el Acuerdo Conciliatorio afecta la libre competencia y puede afectar los intereses de terceros. Aplicación restrictiva del artículo 30 del DL 211.
- 5.- Breve disgregación acerca de la Historia fidedigna del establecimiento de la Ley 19.911, que incorpora la facultad del H. Tribunal de llamar a las partes a conciliación.

- 1.- **LA OPINIÓN VERTIDA EN EL INFORME, CONTRADICE LAS OPINIONES PREVIAS DEL AUTOR VALDÉS PRIETO.**

Imposible resulta sustraerse de las opiniones anteriores del Sr. Informante en Derecho, no sólo aquellas vertidas en la discusión legislativa de la Ley 19.911¹ – y por ende anteriores al actual texto del artículo 22 del DL 211, sino que en su obra “Libre Competencia y Monopolio”, publicado en **junio de 2006**, es decir, luego de aproximadamente 3 años de vigencia del artículo 22 del mentado DL 211, en su texto actual. En efecto, el Sr. Informante en Derecho a propósito de la discusión legislativa² expresó, según consta en Acta del Informe respectivo:

“Refiriéndose al tribunal, sostuvo que era un órgano dotado de facultades jurisdiccionales pero con la peculiaridad de su competencia especial, añadiendo que los conflictos que le cabría dirimir son siempre de orden público, razón por la que corresponde al Fiscal Nacional Económico llevar adelante las acusaciones. Por ello estimaba errado admitir la conciliación, institución que siempre implica una transacción de intereses privados, lo que no se subsanaba con la prevención de que se la aprobaría siempre que sus términos no atentaran contra la libre competencia, prevención que, de por sí, envolvería un contrasentido en relación con los asuntos de que debe conocer el tribunal.”

Más aún, basta la simple lectura de la página 592 de su obra “Libre Competencia y Monopolio”³, para constar la abierta crítica a la “conciliación”, según se transcribe a continuación:

*“Resulta artificioso que la conciliación sea un medio de extinción de pretensiones procesales antimonopólicas, puesto que la libre competencia no es un bien disponible o transigible por las partes en litigio, según lo explicamos en el capítulo pertinente, por la existencia de víctimas u ofendidos inmediatos y mediatos. En tal sentido, sorprende que el texto transcrito – actual inciso 1º del artículo 22 del DL211 – exija que la conciliación “no atente contra la libre competencia”, **puesto que siempre la conciliación atentará contra la***

¹ La Ley 19.911 fue publicada en el Diario Oficial de 14 de noviembre de 2003.

² Informe de las comisiones unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Economía, Fomento y Desarrollo recaído en el proyecto de ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Boletín N° 2944-03 (S), página 13.

³ Domingo Valdés Prieto, “Libre Competencia y Monopolio”, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, junio de 2006.

*libre competencia por el mero hecho de que las partes en litigio dispongan de un bien que compromete a todos los actores del respectivo mercado relevante y si no ocurriere así es porque esa materia no corresponde a la libre competencia y, por tanto, el tribunal es incompetente para conocer de ella*⁴.

La evidente contradicción entre las opiniones vertidas en el Informe agregado a los autos, el Informe del que da cuenta la discusión legislativa y el texto publicado por el Informante en Derecho, no se subsanan con la nota al pie N° 5 del Informe (fojas 620 de autos), en que se indica que el análisis efectuado será usando el texto de la Ley 19.911, publicada en el año 2003, más cuanto, precisamente el capítulo 6.1.1.2 intitulado "Libre Competencia, contenido de orden público"⁵, critica la conciliación "precisamente sobre la base de dicha reforma (Ley 19.911) y del texto vigente"⁶.

2.- LA FNE, CONTRARIAMENTE A LO QUE SE SOSTIENE EN EL INFORME, NO ESTÁ DOTADA DE CLARAS ATRIBUCIONES PARA TRANSIGIR.

El autor Valdés Prieto señala en el Informe que la FNE se encuentra dotada de "*claras atribuciones para conciliar*", porque el DL 211, en su artículo 39°, señala que el Fiscal Nacional Económico podrá "*defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones*".

En primer lugar, cabe destacar que el citado autor, al publicar su obra ya citada, no tenía tal convencimiento. Así al menos se desprende de la pregunta que se formula el autor Valdés Prieto en su texto, "**¿Se halla facultado el Fiscal Nacional Económico para renunciar a la potestad de perseguir el interés común antimonopólico, dando su aprobación a una conciliación?**"⁷ y su respuesta a la pregunta formulada, dista de la asertividad del Informe, ya que señala "**ciertamente la introducción de la conciliación en el ámbito antimonopólico no se aviene con los principios establecidos en el**

⁴ Domingo Valdés Prieto, Ob. Cit., pág. 592.

⁵ Domingo Valdés Prieto, Ob. Cit., páginas 591 a 594.

⁶ Citado textualmente de la nota pie de página, N°5 del Informe.

⁷ Domingo Valdés Prieto, Ob. Cit., pág. 593.

propio Decreto Ley 211 y abrirá un mosaico de contradicciones y aporías jurídicas”⁸.

En segundo lugar, el Informe, además de apartarse de las propias opiniones del autor Valdés Prieto, intenta con la interpretación del artículo 39 del DL 211, sostener una tesis “finalista” de las atribuciones de la FNE, no obstante ser un órgano de la Administración del Estado, sometido al derecho público.

En efecto, las normas jurídicas de rango constitucional, expresamente disponen que *“los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que EXPRESAMENTE les haya conferido el ordenamiento jurídico”* (Art. 7º, Constitución Política de la República).

Cabe destacar que, la simple lectura del artículo 39 del DL 211, nos permite concluir que el legislador, **no le otorgó EXPRESAMENTE a la FNE la facultad de transigir causas en tramitación ante este H. Tribunal.**

Sobre el sistema de interpretación restrictiva de nuestro ordenamiento jurídico, es ilustrativa la jurisprudencia de Contraloría General de la República, que ha señalado que:

“La interpretación estricta que se postula como propia de las normas de derecho público debe primero distinguir el contenido de estas normas, de modo que sólo se interpreten restrictivamente aquellas que se refieran a las potestades de los órganos del Estado, en tanto que las que se refieran a derechos, libertades o garantías de las personas, lo sean extensivamente, conforme a los principios que enuncia en la materia la Constitución Política de la República”⁹.

⁸ Domingo Valdés Prieto, Ob. Cit., pág. 593.

⁹ Dictamen N° 46.097, de 2007.

Así, la doctrina autorizada indica que se debe interpretar en forma estricta y no extensiva las potestades de la Administración.¹⁰

Es del caso que el Informante en Derecho está sosteniendo una posición en contradicción con la interpretación de la Constitución Política de la República, la doctrina constitucional y administrativa y los Dictámenes de la Contraloría General de la República, al pretender y validar una interpretación "extensiva" de las facultades del Sr. Fiscal Nacional Económico.

Dicha interpretación es, en nuestro concepto, además, errada.

El propio tenor del artículo 39°, inciso primero, indica previamente el contexto para la frase en comento: la independencia de toda autoridad y de los tribunales que debe tener el Fiscal Nacional Económico. De modo tal que sólo a partir de una *independencia funcional* el FNE puede actuar "según sus propias apreciaciones": es decir, que su actuar no está guiado por autoridad administrativa o judicial alguna.

Lo anterior, además, se refuerza por lo indicado en el Mensaje de S.E. el Presidente de la República que propuso esa norma legal:

*"Con el fin de reforzar el ejercicio de dichas atribuciones, el proyecto establece que deben ser ejercidas por el Fiscal Nacional independientemente de todas las autoridades y tribunales ante los cuales actúa. En tal virtud, puede defender los intereses que le estén encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones."*¹¹.

¹⁰ Luciano Parejo "Derecho Administrativo", 2003, pág. 646.

¹¹ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que fortalece la Fiscalía Nacional Económica, 1997, Boletín N° 2105-03

Por otro lado, el autor Valdés Prieto yerra cuando intenta justificar la actuación de la FNE en el inciso primero del artículo 39 del DL211¹², toda vez que es el literal b) del mismo artículo la norma atributiva de competencia para actuar en un proceso ante este H. Tribunal, que le otorga la representación del **“interés general de la colectividad en el orden económico (...) con todos los deberes y atribuciones que le correspondan en esa calidad”**.

Dicho sea de paso, el proyecto de ley en discusión sobre delación compensada, tampoco le entrega a la FNE la facultad de transigir o conciliar una causa, sino el de llegar a acuerdos de delación, que sólo se traducirán en una **rebaja de la sanción (multa)** sin sustraerlo del litigio y de las consecuencia de su actuación antijurídica.

Es más y en una demostración de la inexistencia de facultades del FNE para llegar a una transacción en materias de competencia, el proyecto de ley, recién ahora incorpora la facultad de **“Suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones, con el objeto de cautelar la libre competencia en los mercados”**¹³, lo que, *contrario sensu*, demuestra que la FNE hoy carecería de esa atribución.

3.- EL PAGO A BENEFICIO “SOCIAL” NO ES SANCIÓN: RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA QUE CONFIESA HABER INFRINGIDO NORMAS DEL DL 211.

Antes de seguir, es necesario precisar que, según se lee en la estipulación Segundo del Acuerdo de Conciliación, el pago que Fasa ofrece es un pago, **“para beneficio social”**, ya que, resulta evidente que tal prestación monetaria no puede tratarse de una multa, pues la aplicación de esta y su monto, es facultad privativa del H. Tribunal.

¹² Informe, pág. 7.

¹³ Letra ñ del artículo 39 del DL 211. texto del **SEGUNDO INFORME DE LA COMISIÓN DE ECONOMÍA**, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el decreto con fuerza de ley N° 1, de Economía, de 2005, referido al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Boletín N°4234-03.

El Informe señala que el pago a "*beneficio social*" tendría una larga data en el derecho de la libre competencia, como "*muestra de buena fe hacia la sociedad toda por parte de competidor sobre el cual pesa una acusación de haber perpetrado un injusto monopolico*" (p. 9). Se agrega que dicho pago no sería una multa *strictu sensu*, toda vez que para que sea pena debiera imponerse por una autoridad pública competente.

Sin querer pronunciarnos sobre la antigüedad de la institución, lo relevante acá es la **legalidad de dicho pago**, que más que pago, parece ser una donación modal al Fisco, toda vez que, además de ser una donación, le asigna al Fisco la carga de que los fondos lo sean en "beneficio social"¹⁴.

Precisa el autor Valdés Prieto que el pago no sería a beneficio *fiscal*, sino que *social*, siendo una suerte de "*compensación voluntaria a la sociedad civil o nación*" (p. 10).

Como será evidente para este H. Tribunal, la donación modal ofrecida por la recurrida Fasa se asemeja a lo que se conoce como "responsabilidad social de la empresa" o "RSE". Esta institución, como indican algunos, más que una "*compensación voluntaria*" es un **verdadero negocio para la empresa**, que le permite "mejorar su situación competitiva y valorativa y su valor añadido"¹⁵.

Por cierto, la RSE supone ir "*más allá del cumplimiento de las leyes y las normas, dando por supuesto su respeto y su estricto cumplimiento*"¹⁶.

En la especie, en que una persona que se confiesa espontáneamente como autor de un ilícito anticompetitivo grave – como lo es la colusión – en vez de obtener una **sanción** por su conducta (multa), pretende hacer un negocio, por la vía de la institucionalidad de la RSE, tal como se indicará más

¹⁴ "Si se asigna algo a una persona para que lo tenga por suyo, **con la obligación de aplicarlo a un fin especial**, como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación es **un modo** y no una condición suspensiva" Artículo 1089 del Código Civil.

¹⁵ Cfr: la voz "responsabilidad social corporativa", en la enciclopedia Wikipedia: Disponible en: http://es.wikipedia.org/wiki/Responsabilidad_social_corporativa Revisado el día 2 de abril de 2009.

¹⁶ *Idem*

adelante, cuestión que estimamos resulta inaceptable desde todo punto de vista.

Aún más, en esta conciliación no habrá una condena a Fasa por haber infringido el DL 211, sino que ésta logra, por esta vía, una **exculpación absoluta**¹⁷, con el solo costo relativo de una donación modal al Fisco por la suma de 1.350 UTA¹⁸, logrando de esta forma un mejoramiento de su situación competitiva.

Es manifiesto, además, que una situación de responsabilidad social empresarial no es, ni por lejos, un "sustituto" que constituya un **desincentivo** eficaz para la comisión de infracciones al DL 211, como lo es una multa, cuyo monto solicitado en el requerimiento es significativamente mayor al ofrecido (1.350 UTA contra 20.000 UTA, respectivamente).

De este modo, es sólo con el castigo que se persigue un fin de punición (de castigo al infractor) y un fin de prevención (de desaliento futuro de conductas similares). Aún más, el acuerdo implica que, respecto de Fasa, no haya una reacción jurídica desfavorable.

Establecido lo anterior, aún queda preguntarse, ¿cómo puede lograrse ese fin social, de acuerdo a los antecedentes que se dispone?

En este caso, lo que se ha silenciado al H. Tribunal, es que los pagos "*a beneficio social*" deben ajustarse a la regulación de la **Ley 19.885, sobre donaciones con fines tributarios con fines sociales**, modificada este año por la Ley 20.316.

No se ha indicado, por lo demás, en la propuesta de "acuerdo de conciliación" si Fasa hará uso o no del crédito por el total de su donación, que establece la Ley 18.885 (Art. 1º, Nº 12).

¹⁷ Cuestión que jamás podría haber logrado si se aplicara la delación compensada, en su texto actual del proyecto de Ley en actual tramitación.

¹⁸ Si se aplicara la reglamentación contenida en el proyecto de ley, Fasa sólo podría aspirar a una multa **no inferior** a 10.000 UTA.

Ahora bien, dado que el monto que Fasa pagaría "a beneficio social" excede el límite legal de 14.000 U.T.M. (Art. 1º, Nº 13, Ley 18.885), debe ponerse en evidencia que Fasa podrá utilizar este pago a "beneficio social", en el exceso de los 14.000 U.T.M. (que estará beneficiado por un crédito fiscal), como un "gasto necesario para producir la renta, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley sobre Impuesto a la Renta."

En dicho orden de ideas, debe manifestarse que la mencionada Ley 19.885 contempla un límite a las donaciones que pueden hacerse, bajo cualquier concepto legal, como es el 5% de la renta líquida imponible de la empresa (Art. 10, inc. 1º, Ley 19.885).

Finalmente cabe destacar que el Informe omite pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de esta "donación modal" y del monto de la misma. Lo cierto es que el monto propuesto resulta irrisorio para quien se ha confesado autor y, posiblemente, instigador de un cartel con indeterminados laboratorios. Falta de proporcionalidad que, por lo demás, resulta patente de la sola comparación con el monto solicitada por la FNE como multa 20.000 UTA y el ofrecido donar moralmente, de solo 1.350 UTA.

4.- EL ACUERDO CONCILIATORIO AFECTA LA LIBRE COMPETENCIA Y PUEDE AFECTAR LOS DERECHOS DE TERCEROS.

Se ha indicado por el informante que el acuerdo conciliatorio cumpliría con todas las condiciones para constituir una "convención conciliatoria antimonopólica válida (...) confirmando que no atenta contra la libre competencia" (fojas 634).

Respetuosa, pero enfáticamente, debemos discrepar del autor Valdés Prieto.

Por el contrario, el tenor actual de la propuesta de convención conciliatoria puede afectar gravemente el derecho de terceros a demandar la indemnización de perjuicios por las conductas anticoncurrenciales de Fasa.

En efecto, en primer término y siendo la conciliación un equivalente jurisdiccional, tendrá el efecto de cosa juzgada, es decir, si cualquier particular quisiera perseguir el ilícito monopólico, se encontrará con la barrera insalvable de la cosa juzgada.

Por otro lado, si un particular busca perseguir la indemnización de perjuicios derivado del ilícito monopólico "confesado" por FASA, el artículo 30° del DL 211 establece que tal acción indemnizatoria en beneficio de terceros afectados por la conducta antijurídica se motiva en una sentencia definitiva dictada por este H. Tribunal, lo que, en el caso que nos ocupa, no ocurriría. En otras palabras, no existiendo una sentencia que establezca el ilícito, no podrá prosperar la acción indemnizatoria por faltar uno de sus elementos (la infracción culpable o dolosa al DL 211).

Ciertamente, pese a ser un "equivalente jurisdiccional", una conciliación NO es una sentencia.

Pero, aun más grave, es que el texto actual de la conciliación propuesta es de una vaguedad inaceptable, pese a las supuestas declaraciones.

Por ejemplo: en ninguna parte se reconoce que Fasa haya infringido el DL 211. Tampoco cuál fue su rol en el supuesto acuerdo, pudiendo fácilmente presumirse que fue ella quien instigó la cartelización con los indeterminados laboratorios.

Pues bien, para el acaso que este H. Tribunal estime que el Acuerdo de Conciliación propuesta por la FNE y Fasa es un equivalente jurisdiccional, resulta que el indicado Acuerdo de Conciliación no ha explicitado precisamente, cuáles serían los hechos, conductas y calificación jurídica de

los mismos, elementos mínimos que contempla inciso 2° del artículo 30° del DL 211.

En efecto, el citado artículo 30, al regular la acción de perjuicios de los afectados por una conducta sancionada por el artículo 3 del DL211, dispone en su inciso 2° que:

"El tribunal civil competente, al resolver sobre la indemnización de perjuicios, fundará su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecida en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dictada con motivo de la aplicación de la presente ley."

Así las cosas, debemos rechazar la conclusión del informante: toda vez que la propuesta de Acuerdo de Conciliación, no establece la conducta antijurídica de Fasa, los hechos que la configurarían y la calificación del H. tribunal respecto d elo anterior, es decir, no cumple las exigencias mínimas del artículo 30° del DL 211, razón por la cual perjudicará el derecho de los particulares para exigir judicialmente las indemnizaciones de perjuicios que pudieren corresponder.

De este modo, estimamos que el Acuerdo de Conciliación no vela por el interés general de la colectividad en el orden económico y, por ello infringe la libre competencia e incluso puede llegar a afectar a los terceros perjudicados, en el ejercicio de sus acciones de indemnización de perjuicios.

Detengámonos un segundo en la exigencia de "calificación jurídica". Es preciso señalar que el Legislador fue expresivo en señalar que correspondía al H. Tribunal la calificación jurídica de una conducta que atentara contra la libre competencia. En efecto, el Mensaje de la ley N° 19.911, señala al respecto que *"La idea es presentar estas figuras de manera general, dejando la calificación específica de cada caso particular a la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, el que siempre deberá tener*

*presente el objetivo de la ley descrito en el artículo 1º.*¹⁹ Esta situación se confirma con el texto del artículo 32º del DL 211 (*"fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo Tribunal"*).

En el presente caso, se persigue que este H. Tribunal emita un pronunciamiento *ad limine* respecto de la conducta de colusión en el mercado farmacéutico.

Si acaso existió un cartel entre Fasa y algunos e indeterminados laboratorios, ¿basta para solucionarlo el compromiso de uno de sus integrantes? Cabe señalar que no lo podremos saber, porque ni siquiera se ha identificado a estos *"ejecutivos de Fasa"*. ¿Erradicaran sus prácticas por efecto de un código de conducta y del pago "a beneficio social"?

Creemos, H. Tribunal, que la acusación de la FNE es de tal gravedad que no puede, de antemano, sustraer a este H. Tribunal del conocimiento de la misma, restándole su jurisdicción, sin que se afecte la libre competencia y sin que, en nuestro concepto, exista norma legal vigente que habilite a la FNE.

Finalmente, es evidente que esta situación es muy diversa a la de otros avenimientos que se han alcanzado en esta sede, y que menciona el informante Sr. Valdés. Dicho sea de paso y según consta en los registros de este H. Tribunal, nunca antes se había citado a una conciliación en un procedimiento en que se perseguía el ilícito de colusión.

5.- BREVE DISGREGACIÓN ACERCA DE LA HISTORIA FIDEDIGNA DEL ESTABLECIMIENTO DE LA LEY 19.911, QUE INCORPORA LA FACULTAD DEL H. TRIBUNAL DE LLAMAR A LAS PARTES A CONCILIACIÓN.

En este ámbito, por sobre los alcances y observaciones formulados al Informe del Sr. Valdés Prieto, estimamos, pertinente destacar transcripciones

¹⁹ Mensaje de S.E. el Presidente de la República de un proyecto de ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Boletín N° 2944-03

de la discusión legislativa en este punto.

En efecto, a propósito del Artículo 17 letra G del Proyecto de Ley que crea el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, se discutieron las indicaciones 62 y 63, que indicaban la eliminación del llamado a conciliación de las partes y, la indicación 64, que se tuvo por aprobada por unanimidad. En lo que respecta a la indicación 64²⁰, se estableció:

"La indicación número 64, del Honorable Senador señor Novoa, añade al inciso que, acordada una conciliación, el Tribunal se pronunciará sobre ella dándole su aprobación, siempre que no atente contra la libre competencia. En contra de la resolución que apruebe una conciliación podrá deducirse, por personas admitidas a litigar que no hubieren sido parte en ella, el recurso de reclamación a que se refiere el artículo 17 L.

Las Comisiones Unidas coincidieron en que, si nada se dice sobre la conciliación, se aplicarán supletoriamente las reglas generales del procedimiento civil, de acuerdo con las cuales es obligatorio que se llame a ella.

Luego de escuchar a los señores representantes del Ejecutivo acerca de la utilidad de esta actuación en los procesos de que se trata, convinieron en mantenerla, pensando en aquellos casos en que la controversia involucre solamente a las partes, y el acuerdo a que se pueda llegar no implique consecuencias para terceros o para el mercado en términos de afectar la libre competencia (la negrilla es nuestra.)

Estimaron que esta prevención, en orden a que el Tribunal nunca podría aceptar un acuerdo al cual lleguen las partes, que atente en contra de la libre competencia, por ser ésta un bien intransigible,

²⁰ Indicación 64, formulada durante la discusión general del proyecto de ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, " Del H. Senador señor Novoa, para agregar, al inciso primero, las siguientes oraciones: "Acordada una conciliación, el Tribunal se pronunciará sobre ella dándole su aprobación, siempre que no atente en contra de la libre competencia. En contra de la resolución que apruebe una conciliación podrá deducirse, por personas admitidas a litigar que no hubieren sido parte en ella, el recurso de reclamación a que se refiere el artículo 17 L." Boletín Nº 2944-03, INDICACIONES AL 04.11.02, página 15.

*queda adecuadamente expresada en la indicación número 64.*²¹

Por consiguiente, según se lee a la letra, la conciliación en los términos de que da cuenta el actual artículo 22 del DL 211 (artículo 17 G del Proyecto de Ley que comentamos), en cuanto a la historia fidedigna de su establecimiento se tuvo por aprobada, en el entendido, que la conciliación quedaba condicionada a: (i) una controversia que afectare solo a las partes que suscriban la conciliación; y, (ii) el acuerdo a que se pueda llegar no implique consecuencias para terceros o para el mercado en términos de afectar la libre competencia.

En ambos casos, H. Tribunal, el texto del denominado "Acuerdo de Conciliación" presentado por la FNE y Fasa no se ajusta a la propia historia de la ley que incorporó el trámite facultativo de la conciliación. De este modo, en un primer orden de ideas, se trata de un acuerdo conciliatorio que resta de éste a dos de las tres requeridas en autos, contradictoriamente frente a una litis consorcio pasiva que las involucra a las tres; e, incluso, sustentando las otras dos requeridas una posición expresa y radicalmente distinta a la otra requerida. Al margen, en un segundo punto, el denominado "Acuerdo de Conciliación" implica necesariamente consecuencias para terceros y para el mercado, poniendo en entredicho, bajo la fórmula de una suerte de confesión, abiertamente la libre competencia.

En consecuencia, esta parte no comparte las consideraciones y conclusiones que vierte el Sr. Valdés Prieto en su Informe, conforme se ha expuesto; agregando, que la pretendida aprobación de un "Acuerdo de Conciliación" en los términos en que hemos dado cuenta, en nuestro concepto, es improcedente por forma y fondo.

POR TANTO,

ROGAMOS A ESTE H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, se sirva tener presente las observaciones formuladas al Informe en Derecho acompañado por Fasa y restarle, en consecuencia, todo mérito probatorio.

²¹ SEGUNDO INFORME DE LAS COMISIONES UNIDAS DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO, Y DE ECONOMÍA, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. BOLETÍN N° 2.944-03, páginas 45 y 46.

OTROSI: Rogamos al H. Tribunal, tener por acompañada en forma legal, copia electrónica de esta presentación.