

EN LO PRINCIPAL : **EN CARÁCTER DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO, PROMUEVE INCIDENTE DE IMPLICANCIA.**

AL PRIMER OTROSI : **SUSPENSION DEL PROCEDIMIENTO.**

AL SEGUNDO OTROSI : **ACOMPaña COMPROBANTES DE DEPOSITO JUDICIAL, CON CITACION.**

AL TERCER OTROSI : **OFRECE MEDIOS DE PRUEBA NECESARIOS PARA ACREDITAR LA CAUSAL DE IMPLICANCIA RECLAMADA.**

AL CUARTO OTROSI : **ACOMPaña VERSION ELECTRONICA.**

HONORABLE TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

BERNARDINO MUÑOZ SANCHEZ y **FREDDY RAMIREZ LEON**, abogados, en representación de **Farmacias Cruz Verde S.A.**, en los autos Rol C-184-2008, al H. Tribunal respetuosamente decimos:

En conformidad a lo dispuesto en el artículo 11 del DL 211, en relación con los artículos 113 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y artículos 194 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales, venimos en deducir, por este acto, incidente de implicancia en contra de los Ministros de este H. Tribunal, señores don Eduardo Jara Miranda, don Tomás Menchaca Olivares, don Julio Peña Torres, don Juan José Romero Guzmán y la señora Ministra, doña Andrea Butelman Peisajoff, quienes han concurrido por unanimidad a dictar la resolución de fecha 13 de abril de 2009, notificada a esta parte con ésa misma fecha, a través de la cual se estableció, en lo resolutivo: *"Aprobar la conciliación alcanzada por el Sr. Fiscal Nacional Económico y la requerida Farmacias Ahumada S.A., en los términos contenidos en las actas de las audiencias de conciliación celebradas con fecha 1 y 9 de abril"*, según consta en autos, a objeto de que declarada la inhabilidad que se reclama por el órgano jurisdiccional competente, este proceso pase a ser conocido y resuelto por Ministros no inhabilitados de este H. Tribunal, sean Titulares, Suplentes o Subrogantes, según corresponda en conformidad a las disposiciones legales aplicables en la materia, todo ello de conformidad con los

antecedentes, argumentaciones y consideraciones, de hecho y de Derecho, que a continuación expresamos:

I.- Antecedentes preliminares.

1.- Consta en autos que con fecha 23 de marzo último, las partes de la FNE y Farmacias Ahumada S.A., en adelante FASA, han comparecido a través de una presentación conjunta, acompañando un documento denominado "Acuerdo de Conciliación", respecto del cual solicitan su aprobación a este H. Tribunal.

Dicho instrumento aparece suscrito por las mencionadas partes, con fecha 13 de marzo de 2009 y en él se expresan una serie de declaraciones formuladas por FASA, a través de las cuales reconocería su participación en los hechos que han sido materia del requerimiento de marras, involucrando en ellas a terceros ajenos al proceso, estableciendo como contrapartida de ello, una serie de eximentes de responsabilidad que alcanzan al Directorio de esa compañía, a su Vicepresidente Ejecutivo y a los demás ejecutivos y trabajadores de dicha empresa. Asimismo, se expresa la voluntad de entregar información que a juicio de la FNE sería relevante para los fines de su requerimiento, obligándose FASA a colaborar con la actuación probatoria de este organismo.

Por otro lado, FASA se obliga a pagar "para beneficio social", la suma equivalente a 1.350 UTA (Unidades Tributarias Anuales) y a elaborar un código interno tendiente a desincentivar toda conducta que pueda considerarse como contraria a la libre competencia.

A su vez la FNE, por el mismo expediente, deja sin efecto y renuncia a las peticiones formuladas en su requerimiento tanto respecto de FASA, como de sus directores, administradores, ejecutivos y trabajadores.

2.- Por resolución de 25 de marzo del año en curso, este H. Tribunal, atendida la presentación referida en el número precedente y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 22 del DL 211, llama a todas las partes a una audiencia de conciliación, que se desarrolla el día 1 de abril de 2009. En esa audiencia, tanto la FNE como FASA, ratifican su intención de arribar a un acuerdo en los términos contenidos en el documento denominado "Acuerdo de Conciliación", acompañado a estos autos con fecha 23 de marzo pasado. En la misma oportunidad, nuestra representada rechazó los términos del acuerdo en comento y desestimó toda opción para arribar a una conciliación con la FNE.

3.- Por resolución de fecha 2 de abril último, este H. Tribunal resolvió citar nuevamente a las partes de la FNE y FASA, a fin de que esclarecieran los términos del mencionado Acuerdo. Esta audiencia se desarrolló el 9 de abril recién pasado, cuya naturaleza y objetivo, de acuerdo a lo expresado por el Sr. Presidente del H. Tribunal, se limitaba a precisar si el pago ofrecido por FASA en el marco del acuerdo celebrado con la FNE constituía o no una multa, a lo que los representantes de la FNE y FASA contestaron afirmativamente.

4.- Por último, por resolución de 13 de abril de 2009, los Señores Ministros de este H. Tribunal, ya individualizados precedentemente, resolvieron, según se lee de la resolución que para los efectos de este incidente se transcribe, lo siguiente:

“Santiago, trece de abril de dos mil nueve.

A fojas 678: estese a lo que se resolverá.

A fojas 680: a lo principal, por evacuado el traslado. Respecto del documento que rola a fojas 581, estese a lo que se resolverá. Con relación a los restantes documentos, se resolverá en definitiva; al otrosí, estese a lo que se resolverá.

A fojas 692: téngase presente.

A fojas 699: por evacuado el traslado conferido, estese a lo que se resolverá.

Con respecto a la conciliación entre la Fiscalía Nacional Económica y Farmacias Ahumada S.A, cuyos términos constan en las actas que rolan a fojas 638 y 676:

VISTOS:

- 1. A fojas 590, con fecha 25 de marzo de 2009, este Tribunal llamó a todas las partes de este proceso a conciliación, a solicitud del Sr. Fiscal Nacional Económico, en adelante Sr. Fiscal, y de Farmacias Ahumada S.A., en adelante también FASA.*
- 2. Con fecha 1 de abril de 2009 se llevó a efecto una primera audiencia de conciliación, cuya acta rola a fojas 638 y siguientes.*
- 3. En la audiencia mencionada tanto el Sr. Fiscal como FASA manifestaron su interés en conciliar en los mismos términos expresados en el documento, suscrito por ambas partes, al que denominaron “Acuerdo de Conciliación”. El Tribunal tuvo por reproducido el contenido de dicho documento –rolante en autos a fojas 581 y siguientes– en la audiencia, tal como consta en el acta respectiva;*

4. *A fojas 648 este Tribunal dictó una resolución en la que, previo a resolver sobre la propuesta de conciliación planteada, llamó a una nueva audiencia a fin de que el Sr. Fiscal Nacional Económico y FASA pudieran llegar a un acuerdo conciliatorio definitivo, considerando bases propuestas por este Tribunal, referidas principalmente a la necesidad de precisar algunos términos en los que originalmente se planteó el contenido del acuerdo conciliatorio, en especial el sentido y alcance del pago monetario al que queda obligada la parte de FASA en el acuerdo;*
5. *Que con fecha 9 de abril de 2009 se celebró la segunda audiencia de conciliación, en la que se realizaron por parte del Sr. Fiscal y de FASA las precisiones solicitadas por este Tribunal, reconociendo esta última que el pago monetario ofrecido es equivalente a una multa y, asimismo, que participó en los hechos contenidos en el requerimiento e indicados en la conciliación, como consta en el acta respectiva, agregada a fojas 676 y siguientes;*

CONSIDERANDO:

Primero: *Que en relación a la propuesta de acuerdo planteada por la Fiscalía Nacional Económica y Farmacias Ahumada S.A., es necesario tener presente que el artículo 22 del D.L. 211 acepta expresamente la conciliación como equivalente jurisdiccional de una sentencia definitiva, debiendo esta magistratura pronunciarse sobre ella, dándole su aprobación siempre que no atente contra la libre competencia. Dicha conciliación puede afectar a todas o a algunas de las partes y, así, esta judicatura en varias oportunidades ha aceptado conciliaciones parciales, en cuyo caso termina el juicio entre quienes la celebran, y continúa en cambio respecto de las partes que no hubieren sido parte de ella;*

Segundo: *Que, habiéndose establecido tanto la procedencia de la conciliación, como la posibilidad que ésta afecte a una sola de las requeridas, es necesario examinar si el acuerdo puesto en consideración de este Tribunal es o no contrario a la libre competencia, conforme lo prescribe el artículo 22° inciso primero del Decreto Ley N° 211;*

Tercero: Que la conciliación propuesta se ha acordado entre Farmacias Ahumada S.A. y la Fiscalía Nacional Económica, a quien la ley otorga la representación del interés general de la colectividad en esta sede, y consiste, en síntesis, en que FASA reconoce en juicio en forma expresa ciertos hechos personales de esa parte, y se obliga a aportar en el futuro antecedentes que, a juicio del Señor Fiscal, serían relevantes para el esclarecimiento de los hechos materia de autos respecto de las restantes requeridas, los que serán calificados en definitiva por este Tribunal. Además, FASA se obliga a elaborar, en un plazo de 60 días hábiles contados desde que la presente resolución quede ejecutoriada, un código interno para desincentivar toda conducta contraria a la libre competencia y a prohibir a sus ejecutivos mantener propiedad o participación alguna –directa o indirecta– en las otras requeridas, así como en la administración de sus negocios. Por su parte, la Fiscalía Nacional Económica, con motivo de la conciliación, ha aceptado desistirse del requerimiento en contra de FASA;

Cuarto: Que la requerida, FASA, reconoció haber participado en los hechos materia del requerimiento de autos en los términos indicados en la conciliación, según recoge el acta de fojas 638 y siguientes; que dicha empresa aceptó expresamente que el pago monetario de 1.350 Unidades Tributarias Anuales, al que queda obligada, es equivalente a una multa, y por ende implica reconocimiento de responsabilidad por los hechos confesados; y que, además, se ha obligado a aportar antecedentes que contribuyan a establecer la eventual participación de las restantes requeridas en los hechos motivo del requerimiento, antecedentes que serán ponderados, conforme a su mérito, en definitiva por este Tribunal;

Quinto: Que, (i) el aporte de antecedentes probatorios, (ii) la aceptación del pago de una suma de dinero equivalente a una multa, esto es, con un sentido punitivo, consecuencia del reconocimiento de hechos jurídicamente reprochables en esta sede y que son materia del requerimiento de autos y, (iii) la existencia de compromisos de comportamiento procompetitivos adquiridos por FASA, no sólo no contravienen la libre competencia sino que, además, podrían -al facilitar medios para llegar a la verdad procesal- contribuir a establecer los hechos que permitirían a este Tribunal determinar, en

definitiva, la existencia o no del acuerdo colusorio y la eventual participación en el mismo de las restantes requeridas;

Sexto: *Que, por las consideraciones expuestas precedentemente, este Tribunal aprobará la conciliación en los términos propuestos en la audiencia de fecha 1 de abril de 2009, en la resolución rolante a fojas 648 y en la audiencia de conciliación de fecha 9 de abril de 2009;*

y teniendo presente además, lo dispuesto en los artículos 1º, 2º; 18º N° 1); 22º, inciso primero 26º y 29º del Decreto Ley N° 211,

SE RESUELVE:

Aprobar la conciliación alcanzada por el Sr. Fiscal Nacional Económico y la requerida Farmacias Ahumada S.A., en los términos contenidos en las actas de las audiencias de conciliación celebradas con fecha 1 y 9 de abril.

Notifíquese por cédula.

Rol C N° 184-08.

Pronunciada por los Ministros Sr. Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Tomás Menchaca Olivares, Sr. Julio Peña Torres y Sr. Juan José Romero Guzmán. Autoriza el Sr. Javier Velozo Alcaide, Secretario Abogado.”

II.- Requisitos que hacen procedente la impugnación que se solicita.

Desde luego, la imparcialidad de quien debe juzgar, constituye una garantía esencial del debido proceso, que la doctrina denomina un presupuesto procesal y que se sustenta en la desvinculación que debe existir entre el juez y las partes que conforman la relación procesal.

A objeto de garantizar la materialidad de este principio, el legislador otorga tanto a las partes, como al Tribunal mismo, los institutos procesales de las impugnaciones y recusaciones, cuyo objetivo esencial consiste en dar plena garantía de la imparcialidad del juzgador.

Como se sabe, la impugnación constituye un incidente destinado a establecer la inhabilidad del juez para conocer o seguir conociendo y resolver un proceso

pendiente, en virtud de carecer de la imparcialidad necesaria para intervenir en él.

Nuestro Ordenamiento Jurídico establece, a través del Código Orgánico de Tribunales, las causales que hacen procedente la declaración de implicancia y, en complemento de él, el Código de Procedimiento Civil establece la forma para conocer y resolver de la solicitud respectiva.

En cuanto a la oportunidad para promover el incidente de implicancia, se establece que ésta debe ser promovida antes de toda gestión que atañe el fondo de la controversia o tan pronto como sea conocida por la parte afectada o se verifique según sea el caso.

En la especie, la causal de implicancia que se alegará, corresponde a la establecida por el N° 8 del artículo 195 del Código Orgánico de Tribunales, la que, conforme se establecerá a continuación, sólo ha podido verificarse y, por ende, ser conocida por esta parte, con motivo de la resolución de fecha 13 de abril de 2009, concurriendo desde luego, todos los presupuestos legales exigidos para su promoción.

III.- Hechos que configuran la implicancia alegada.

El artículo 11 del DL 211, establece que afectan a los miembros de este H. Tribunal, las causales de implicancia y recusación establecidas en los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales, las que pueden ser aceptadas por el afectado o resueltas de plano por el Tribunal, excluyéndose en tal caso a los Ministros en contra de los que se dirija tal incidencia.

La resolución de este H. Tribunal, de 13 de abril recién pasado, notificada a esta parte en igual fecha, ha hecho incurrir a los H. Ministros que la han suscrito por unanimidad, en la causal de implicancia establecida en el número 8 del artículo 195 del Código Orgánico de Tribunales, esto es:

“Son causales de implicancia:

8° Haber el juez manifestado su dictamen sobre la cuestión pendiente con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia”.

Esta causal se verifica ampliamente en la especie, en virtud de la dictación de la resolución de 13 de abril de 2009, que ha aprobado la verdadera transacción

celebrada entre la FNE y FASA, contenida, como se ha dicho, en el documento denominado "Acuerdo de Conciliación" acompañado a los autos por presentación de 23 de marzo último y, considerándose además, la naturaleza del ilícito que ha sido materia del requerimiento.

En efecto, la resolución en referencia importa un reconocimiento a la responsabilidad de uno de los concurrentes al Acuerdo de Conciliación en comento –FASA–, estableciéndose su culpabilidad en los hechos que se contienen y motivan el requerimiento de la FNE, que ha dado lugar a esta litis.

Debe tenerse presente que constituye un presupuesto insuperable para la configuración de un ilícito colusorio, como es el que intenta perseguir por la FNE a través de su requerimiento, la participación de dos o más agentes del mercado, que arriban a un acuerdo atentatorio contra la libre competencia. De modo que, cualquier transacción o "Acuerdo Conciliatorio" que pretenda celebrar la FNE con alguna de las requeridas, hace que, desde el momento mismo en que dicha convención es objeto de aprobación por parte de este H. Tribunal, al alero de una conciliación, mediante una resolución que concluye con el juicio en contra de la parte de FASA, quede establecida la configuración del ilícito colusorio en cuestión para las restantes partes de CRUZ VERDE y Salcobrand, sin que haya habido todavía un juicio legalmente tramitado que establezca responsabilidades de ellas en el ilícito requerido *subjudice*. Lógica y jurídicamente, no hay otra conclusión posible.

La citada resolución, de 13 de abril de 2009, si bien no reconoce expresamente ninguna verdad procesal, al aceptar el pago de una multa como sanción a la conducta ilícita –multa que por lo demás ha sido fijada de común acuerdo por los concurrentes al acuerdo–, implica establecer la plena existencia del hecho ilícito de marras. Si no fuese así, no existiría multa, sanción típicamente administrativa y que sólo puede ser impuesta por una sentencia judicial.

En otras palabras, la aprobación que ha prestado este H. Tribunal a la transacción contenida en el documento denominado "Acuerdo de Conciliación" suscrito entre la FNE y FASA, importa un claro prejuizgamiento que a todas luces afecta los principios constitucionales del debido proceso, de la defensa jurídica y la presunción de inocencia, pues, como se ha explicitado, si este H. Tribunal ya ha aceptado que FASA quede en posición de ser compelida a pagar una multa, está derechamente reconociendo la existencia de un ilícito anticompetitivo

concreto y específico –un acuerdo colusorio-, que, como se dijera, innegablemente exige para su configuración, la participación de a lo menos otro agente del mercado distinto a FASA.

Por consiguiente, el reconocimiento y establecimiento judicial de la responsabilidad de FASA, en los términos y forma expuestos, supone, necesariamente, que a lo menos alguna de las otras requeridas deberá ser sancionada en definitiva, por el mismo ilícito. Un razonamiento diverso importa, a esta altura, desafiar toda lógica jurídica, al punto de asumir que una conclusión distinta a la consignada, resultaría del todo imposible. En efecto, no se vislumbra qué naturaleza podría atribuirse a la multa a que se ha sujetado FASA por la vía del Acuerdo en cuestión, si en definitiva, este H. Tribunal resolviera rechazar el requerimiento respecto de las otras demandadas.

Como resulta manifiesta la aprobación del denominado “Acuerdo de Conciliación”, cuya naturaleza jurídica ha sido suficientemente cuestionada por esta defensa, importa, en la práctica, una clara manifestación del dictamen a que en definitiva se arribará en la sentencia definitiva que se dicte *sublite*, que inhabilita absolutamente a los Sres. Ministros que la han suscrito para seguir conociendo y resolviendo el presente proceso, quienes, conforme lo disponen expresamente los artículos 115 y 116 del Código de Procedimiento Civil, se inhiban del conocimiento de este negocio.

La causal de implicancia invocada, persigue impedir que quien deba resolver el asunto sometido a su conocimiento, anticipe, antes de la oportunidad establecida al efecto, el resultado del conflicto. Atendida la gravedad de esta circunstancia, el legislador provee a las partes de mecanismos que permiten enervar la configuración de tal vicio, uno de los cuales es la inhabilitación del juez, herramienta que se manifiesta, precisamente, a través de las causales de implicancia y recusación que establece la ley, que, en la especie, constituyen el instrumento idóneo para garantizar la máxima imparcialidad, considerando especialmente la entidad del asunto discutido *sublite* y las circunstancias que actualmente lo rodean.

En consecuencia, el prejuzgamiento contenido explícitamente en la resolución de 13 abril recién pasado, configura abiertamente la causal legal de implicancia

prevista por el N° 8 del artículo 195 del Código Orgánico de Tribunales, debiendo así declararse.

POR TANTO,

Y en mérito de lo expuesto y de las normas legales citadas, A ESTE H. TRIBUNAL PEDIMOS tener por interpuesto incidente de implicancia en contra de los H. Ministros de este Tribunal, señores don Eduardo Jara Miranda, don Tomás Menchaca Olivares, don Julio Peña Torres, don Juan José Romero Guzmán y la Ministra señora doña Andrea Butelman Peisajoff, acogerlo a tramitación y declarar, en definitiva, que afecta a estos señores Ministros la causal de inhabilidad prevista en el N° 8 del artículo 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales y, formulada tal declaración por quien corresponde, de acuerdo a lo previsto en el artículo 11 del DL 211, se decrete su inhabilidad para seguir conociendo del presente proceso hasta su resolución definitiva, debiendo ser éste sustanciado por H. Ministros no inhabilitados para conocer de él sea que detenten la calidad de Titulares, Suplentes o Subrogantes.

PRIMER OTROSI: A este H. Tribunal pedimos, atendido el carácter de previo y especial pronunciamiento del incidente promovido en lo principal de esta presentación, se sirva decretar la suspensión del procedimiento, mientras se resuelve esta incidencia.

SEGUNDO OTROSI: Solicitamos a este H. Tribunal que por tratarse la implicancia promovida de aquellas fundada en una causa legal, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 118 del Código de Procedimiento Civil, se sirva tener por acompañadas, con citación, boletas de consignación exigidas por dicha disposición.

AL TERCER OTROSI: En cumplimiento de lo prevenido en los artículos 115 y 116 del Código de Procedimiento Civil, ofrecemos los medios de pruebas que se enuncian y que resulten pertinentes, entre otros:

1.- Del mérito del expediente, consta la resolución de fecha 13 de abril de 2009, de este H. Tribunal, que aprueba el llamado "Acuerdo de Conciliación" y el texto mismo, a través del que se materializa el prejuzgamiento que da lugar a la implicancia reclamada.

2.- Documentos consistentes en reportajes y medios de prensa, en que constan opiniones de distintos abogados de la plaza, en que se da cuenta de sus opiniones sobre el hecho de haberse prejuzgado en este caso, y de la consiguiente inhabilidad de los H. Ministros que intervinieron en la dictación de la resolución en cuestión.

3.- Informe en Derecho sobre la inhabilidad reclamada.

AL CUARTO OTROSI : Sírvase el H. Tribunal tener por acompañada versión electrónica de este escrito.