

**INFORME EN DERECHO ACERCA DE UNA
CONCILIACIÓN ENTRE
FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA Y
FARMACIAS AHUMADA S.A.**

DOMINGO VALDÉS PRIETO*

Santiago, Abril de 2009.

* Abogado, Universidad de Chile y Master of Laws, University of Chicago.
Profesor de Derecho Económico y de la Libre Competencia, Universidad de Chile.

PREÁMBULO EXPLICATIVO

El presente Informe en Derecho de la Libre Competencia se vincula con el proceso contencioso, Rol C N°184-2008, caratulado “**Requerimiento de la FNE en contra de Farmacias Ahumada S.A. y Otros**” y que se ventila ante el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante TDLC). Dicho proceso se origina en un requerimiento (en adelante Requerimiento) interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica (en adelante FNE) en contra de Farmacias Ahumada S.A. (en adelante FASA); Farmacias Cruz Verde S.A. (en adelante Cruz Verde) y Farmacias Salcobrand S.A. (en adelante Salcobrand). Éstas serán en adelante colectivamente denominadas las Requeridas.

El Requerimiento busca obtener del TDLC la calificación de ciertas conductas – desplegadas por las Requeridas - como constitutivas de injustos de colusión monopólica.

Con motivo del Requerimiento se ha producido un acuerdo de conciliación entre la FNE y FASA, el cual ha sido presentado ante el TDLC de conformidad con el artículo 22 del Decreto Ley 211 y que será, en adelante, denominado el Acuerdo.

El objeto del presente informe es analizar el Acuerdo desde la exclusiva óptica del Derecho de la Libre Competencia Infracional con el objeto de determinar la concurrencia en aquél de todas las notas exigidas para la validez de una convención conciliatoria, así como las características de la actividad del TDLC en el procedimiento conciliatorio.

Este informe no supone ni explícita ni implícitamente un pronunciamiento acerca de los hechos controvertidos en autos y, por tanto, tampoco acerca de los hechos declarados en el Acuerdo. Atendido lo expuesto, asumiremos como hipótesis de trabajo que los antecedentes, información y hechos declarados en el Acuerdo y los que adicionalmente serán proporcionados por FASA (en adelante colectivamente los Antecedentes) en el evento de ser dicho Acuerdo aprobado por el TDLC son ciertos, precisos y eficaces para acreditar la existencia de una colusión monopólica entre las Requeridas u otros responsables. En síntesis, asumimos que los Antecedentes son conducentes a la obtención de la verdad procesal, presupuesto indispensable para la realización de la justicia antimonopólica por el TDLC en el caso de autos.

Este estudio, que se realiza únicamente desde la óptica del Derecho de la Libre Competencia Infracional vigente en la República de Chile a esta fecha, ha sido elaborado a solicitud de FASA. Sin embargo, las conclusiones del mismo son responsabilidad privativa de su autor y, por tanto, no representan necesariamente el parecer o la visión de FASA o de la FNE acerca de los tópicos aquí tratados. Este informe se divide en tres secciones.

En la primera sección, denominada “**Antecedentes**”, se da cuenta de las conductas que supuestamente habrían desplegado las Requeridas según lo señalado por el Requerimiento, así como de la celebración del Acuerdo entre la FNE y FASA.

En la segunda sección, titulada “**La Conciliación Antimonopólica**”, se efectúa una conceptualización de la conciliación y se analiza la normativa que rige esta institución en el orden antimonopólico por contraste con la denominada conciliación civil. A continuación, se estudian los elementos integrantes de la conciliación antimonopólica, distinguiéndose al efecto la convención conciliatoria y la actividad del TDLC en el procedimiento conciliatorio.

Respecto de la convención conciliatoria se estudia la concurrencia en el Acuerdo de las siguientes notas: i) carácter procesal; ii) carácter bilateral; iii) objeto real y lícito; iv) carácter total; v) causa real y lícita, y vi) carácter solemne.

En lo concerniente a la actividad del TDLC en el procedimiento conciliatorio, se desarrolla, con referencia al Acuerdo, un análisis de: i) el llamado a conciliación antimonopólica; ii) el control del TDLC sobre la conciliación antimonopólica y iii) la conciliación antimonopólica como equivalente jurisdiccional.

La tercera sección titulada “**La Conciliación como Medio para Romper Carteles**”, da cuenta de la viabilidad de emplear la conciliación antimonopólica como fórmula para promover la ruptura de carteles una vez ya iniciado un procedimiento contencioso antimonopólico. Asimismo, trata de las significativas diferencias que separan la conciliación antimonopólica de la delación compensada contemplada en un proyecto de ley en curso.

La cuarta y última sección, denominada “**Conclusiones**”, cierra este estudio entregando un resumen de las principales conclusiones.

DESARROLLO

I. ANTECEDENTES

Con fecha 9 de diciembre de 2008, la FNE presentó ante el TDLC el Requerimiento, cuya finalidad es obtener que dicho Tribunal declare que las Requeridas *“ejecutaron y celebraron hechos, actos y convenciones que tuvieron por objeto y efecto fijar al alza, concertadamente, el precio de venta a público de los productos farmacéuticos,*

*impidiendo, restringiendo o entorpeciendo la libre competencia y, por ende, infringiendo el artículo tercero del Decreto Ley 211, en particular la letra a)*¹

Con fecha 13 de marzo de 2009, la FNE y FASA celebraron el Acuerdo. Con fecha 23 de marzo de 2009 la FNE y FASA presentaron ante el TDLC un escrito mediante el cual solicitaron un llamado a conciliación y acompañaron el Acuerdo, entre otros documentos. El TDLC, por resolución del 25 de marzo de 2009, resolvió llamar a todas las partes de este proceso a conciliación para audiencia del día primero de abril de 2009, todo ello según lo previsto en el artículo 22 del Decreto Ley 211.

II. LA CONCILIACIÓN ANTIMONOPÓLICA

II.1. CONCILIACIÓN CIVIL Y CONCILIACIÓN ANTIMONOPÓLICA

II.1.1. LA CONCILIACIÓN

El objetivo de la conciliación como institución general es “la solución rápida y justa de los litigios”², esto es, la economía procesal en la administración de justicia. Atendido que todo proceso judicial conlleva ciertas desventajas, tales como la duración del mismo, el empleo de energías necesarias para su desenvolvimiento y las dificultades propias de un proceso probatorio adecuado, ha emergido la conciliación como una forma compositiva de litigios que busca reducir tales costos preservando la justicia de la solución buscada. En tal sentido, no ha de confundirse la *conciliación* con la *mediación*, puesto que en esta última institución se acepta una composición contractual cualquiera, con independencia de la justicia de sus términos.

La conciliación se sitúa como un punto medio entre la autocomposición del litigio, que es efectuada por las partes, y la heterocomposición del litigio, que es realizada por el juez³. Es por ello que afirmamos que la conciliación es una forma compositiva mixta del litigio, toda vez que participa tanto de aspectos propios de la autocomposición como de la heterocomposición de un litigio⁴.

II.1.2. NORMATIVA QUE RIGE LA CONCILIACIÓN.

¹ Requerimiento, preámbulo, pg.2.

² Confrontar, Pedro Silva Fernández, “El Procedimiento de la Conciliación”, XII, pg. 104, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XLI, Septiembre-Octubre de 1944, N°7 y 8.

³ Esta forma de composición mixta presenta reconocimiento en el Decreto Ley 211, el Código de Procedimiento Civil y ciertos procedimientos penales, laborales, de menores, de policía local, entre otros.

⁴ Confrontar, Francesco Camelutti, “Sistema de Derecho Procesal Civil”, Tomo I, N°59, pgs. 203. Editorial UTTEHA, Buenos Aires, 1944.

La Ley 19.911, modificatoria del Decreto Ley 211, introdujo la institución de la conciliación en el proceso contencioso antimonopólico⁵. Dicha institución ha sido no sólo reconocida por el TDLC, sino que también por la Excma Corte Suprema que ha aprobado conciliaciones antimonopólicas⁶. El ejercicio de las potestades jurisdiccionales de que se halla dotado el TDLC ha de ceñirse al procedimiento previsto en los artículos 20 a 29 del Decreto Ley 211. Entre tales disposiciones se halla el artículo 22, cuyo primer inciso instituye la conciliación antimonopólica:

“Vencido el plazo establecido en el artículo 20, sea que se hubiere evacuado o no el traslado por los interesados, el tribunal podrá llamar a las partes a conciliación. De no considerarlo pertinente o habiendo fracasado dicho trámite, recibirá la causa a prueba por un término fatal y común de veinte días hábiles. 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 27” (el énfasis es nuestro).

La conciliación prevista en el Decreto Ley 211 presenta características singularizantes dentro del género de esta forma compositiva del litigio. Así, para evitar toda confusión, denominaremos *conciliación antimonopólica* a la institución establecida por el Decreto Ley 211 con el objeto de bien diferenciarla de su símil existente en el orden procesal civil. No obstante las diferencias que - según se apreciará a lo largo de este informe - separan la conciliación antimonopólica de la conciliación civil, existe una relación de supletoriedad de la normativa civil respecto de la antimonopólica. En efecto, el Legislador Antimonopólico dispuso en el artículo 29 del Decreto Ley 211 la aplicación *en forma supletoria* de los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil⁷. El Título II del Libro II denominado “De la Conciliación” resulta así predicable de la conciliación antimonopólica, pero sólo en aquello que no sea incompatible con este instituto según prescribe el artículo 22 del Decreto Ley 211. Esta precisión legislativa es de la mayor importancia puesto que advierte que no todos los principios y preceptos de la conciliación civil son susceptibles de aplicación a la conciliación establecida en el Decreto Ley 211. Lo expuesto conduce a una doble conclusión: i) la existencia de diferencias específicas que perfilan la conciliación antimonopólica como una institución diversa de la conciliación civil y ii) una supletoriedad *limitada o parcial* de la normativa que rige la conciliación civil respecto de la conciliación antimonopólica.

⁵ Nuestras objeciones a la introducción de esta institución en el sistema antimonopólico nacional, desde una perspectiva de las políticas públicas, quedaron reflejadas en el Boletín 2944-03 del Congreso de la República de Chile, que da cuenta de nuestra intervención en la tramitación del Proyecto de Ley que Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (concretado en la Ley 19.911) ante las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de Economía, Fomento y Desarrollo de la H. Cámara de Diputados, y en nuestra obra “Libre Competencia y Monopolio”, pgs. 592 y stes, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006. No obstante nuestros reparos, la Ley 19.911 finalmente introdujo esta institución en el Decreto Ley 211 y es, precisamente, sobre la base de dicha reforma y del texto vigente que procedemos a emitir el presente informe en derecho.

⁶ Resolución de 24 de julio de 2008 de la Excma Corte Suprema, en la cual se aprueba una convención conciliatoria acordada por la FNE y Cencosud, Rol N°2998-2008. Esta conciliación antimonopólica fue llamada e instada por la misma Excma. Corte Suprema.

⁷ Esto resulta perfectamente coherente con lo dispuesto en el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil que ordena la aplicación del juicio ordinario - entre cuyas disposiciones se encuentra la de la conciliación - en todas las gestiones, trámites y actuaciones que no estén sometidas a una regla especial diversa, cualquiera que sea su naturaleza.