

**EN LO PRINCIPAL: INTERPONE FUNDADO RECURSO DE RECLAMACIÓN.
OTROSI: ACOMPAÑA VERSION ELECTRONICA**

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

BERNARDINO MUÑOZ SANCHEZ y **FREDDY RAMIREZ LEON**, abogados, en representación de **FARMACIAS CRUZ VERDE S.A. (CRUZ VERDE)**, en los autos caratulados “**Requerimiento de la FNE en contra de Farmacias Ahumada S.A. y otras**”, Rol N° C 184-08, a este H. Tribunal respetuosamente decimos:

En conformidad a lo dispuesto por los artículos 22 y 27 del DL 211, de 1973, y encontrándonos dentro del término legal, venimos en deducir recurso de reclamación en contra de la resolución de este H. Tribunal dictada el día 13 de abril de 2009 y notificada el mismo día a nuestra representada, que aprobó la conciliación propuesta por la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y Farmacias Ahumada S.A. (FASA), para que este H. Tribunal conceda el recurso para ante la Excmá. Corte Suprema, la que conociendo del mismo, revoque la resolución que aprueba la conciliación, con costas, todo ello en virtud de los antecedentes y argumentos de hecho y derecho que pasamos a exponer:

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

En este numeral nos proponemos delimitar conceptual e indiciariamente los fundamentos de la presente reclamación, para luego desarrollar en particular aquellos elementos que poseen mayor incidencia y exponen con mayor intensidad el reproche que a esta parte le merece la resolución impugnada y el documento que le sirve de antecedente.

Las normas del derecho de libre competencia en Chile, por cierto, se someten al ordenamiento jurídico general propio de todo estado de derecho, con principios rectores e inspiradores de rango constitucional, norma sustantivas y de procedimiento generales; sumado a ello el DFL N°1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211 de 1973" (en adelante Decreto Ley 211), contiene las normas fundamentales que regulan el derecho de la libre competencia en Chile.

En este ámbito, resulta relevante determinar el bien jurídico que pretenden proteger especialmente las normas de libre competencia, punto que ha sido fértil campo de discusión y debate, en especial en el derecho comparado y en algún momento en nuestra propia doctrina. En el caso de Chile, sin embargo, el tenor de la ley es claro y no admite interpretaciones. A este respecto el artículo 1° señala claramente que *"La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados"*, de lo cual se concluye inequívocamente que el bien protegido es la propia libre competencia.

Por otra parte, si bien se pueden dar diferentes acepciones al concepto de libre competencia, hay consenso en que está referido **a la libertad de los agentes económicos para ingresar a un mercado, desarrollar una actividad y retirarse del mismo, respetando los límites y garantías que dispone nuestra Constitución Política.**

En este sentido, y respecto a los organismos establecidos por el Decreto Ley 211, también es claro que en su actuar deben respetar todos los derechos y garantías constitucionales, tales como libertad de iniciativa, debido proceso y principio de

legalidad. El artículo 6º de la Constitución es explícito al señalar que:

“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.”

En atención a lo señalado, ¿cómo debe interpretarse, entonces, el artículo 22 del Decreto Ley 211 al señalar que *“acordada una conciliación, el Tribunal se pronunciará sobre ella dándole su aprobación, siempre que no atente contra la libre competencia”*?

¿Debe entenderse que el H. Tribunal debe considerar sólo aquello que pudiera impedir o restringir la entrada o salida de nuevos competidores al mercado con prescindencia de las normas constitucionales?

Ciertamente que no, ya que la institucionalidad de libre competencia y sus normas que la regulan deben respetar el denominado Orden Público Económico, entendido como el **“...conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía del país y facultan a la autoridad estatal para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional declarados en la Constitución.”** (“Orden Constitucional Económico”, José Luis Cea Egaña). Es más, el propio H. Tribunal ha sostenido y reconocido que las normas de libre competencia son normas de orden público, cuyos fundamentos y límites se encuentran en la propia Constitución Política¹.

¹ En la página web institucional del propio TDLC se responde lo siguiente: “¿Cuál es el fundamento constitucional de la protección de la competencia? Bien Común, Orden Público Económico y Ley de Defensa de la Libre Competencia (subrayado propio). El bien común, fin único del Estado de acuerdo a nuestra Constitución Política, es el conjunto de condiciones sociales que permiten a todos y a cada uno

De esta forma, y atendido lo anterior, en el cuerpo del escrito se expondrán las diversas normas y principios jurídicos que a juicio de esta parte han sido infringidos al aprobarse la denominada conciliación y su contenido, entre la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y Farmacias Ahumada S.A. (FASA).

No obstante, cabe recalcar que la aprobación de la mencionada conciliación no sólo afectaría principios constitucionales, procesales y penales, sino además, se vería seriamente dañado el bien jurídico protegido por el propio Decreto Ley 211, cual es la libre competencia. Así, por ejemplo, de aceptarse la conciliación que pondría término en forma previa al proceso que se lleva en contra de una empresa –FASA- que ha manifestado su participación en hechos que vulneran la libre competencia, sin imponer una sanción en los términos fijados en la propia ley², podría derivar en la paradoja –de aceptarse la tesis colusoria de la FNE- que se apliquen multas completamente desproporcionadas entre las partes, lo cual podría conducir a la desaparición de uno o más competidores del mercado (basta revisar las bajas utilidades que tuvieron las requeridas durante el año 2008) y, en beneficio de aquella parte respecto de la cual no se aplicaron las normas establecidas en el propio Decreto Ley 211.

de los integrantes de la comunidad nacional alcanzar su mayor desarrollo material y espiritual posible. El pleno disfrute de las garantías constitucionales en materia económica que contribuye a que los agentes económicos alcancen el bien común se denomina orden público económico, y el valor esencial que lo inspira es la libertad. Esta libertad económica puede ser entendida desde dos perspectivas: las empresas y las personas. Desde la primera, supone la limitación de la actividad estatal (principio de la subsidiariedad); la libre iniciativa para desarrollar actividades económicas; y la no discriminación en el trato que debe dispensar el Estado. Desde el punto de vista de las personas, su foco se centra en promover la mayor realización de los individuos a través del acceso, en las mejores condiciones posibles que garantice el Estado, a la oferta de bienes y servicios. Esta última mirada de la libertad económica, se logra mediante el Derecho de Defensa de la Libre Competencia y otros como el de Defensa del Consumidor. De esta manera la Ley de Defensa de la Libre Competencia (Ley) no sólo es legítima en un sistema económico como el propiciado por nuestra Carta Fundamental, sino que se además es indispensable e irrenunciable para el Estado que se consagra al servicio de la persona" (subrayado propio).

² El artículo 26º, párrafo final señala que "para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente del infractor".

Sin embargo, podría extremarse dicho análisis y proyectar al menos otras dos situaciones que dañarían considerablemente al resto de los competidores y al mercado, en general. En primer lugar, cabe preguntarse ¿qué ocurriría si al final del proceso se demostrara que la “confesión” de FASA resultó falsa y maliciosa? ¿Cómo podría el Tribunal sancionarla si ya no forma parte del proceso? ¿Qué ocurriría con el serio daño causado a la imagen de las empresas y al mercado en general? O bien, ¿Qué ocurriría si se concluyera que la acción y responsabilidad de FASA va mucho más allá de lo admitido por la propia empresa? ¿Qué ocurriría si se concluyera que efectivamente participó activamente como instigadora de un cartel, pero en el cual haya participado con empresas distintas a las requeridas por la FNE? Sin duda, que el daño causado al mercado y a la libre competencia sería difícil de reparar, especialmente, considerando que FASA ya no participaría del juicio y que, por lo mismo, ya habría cosa juzgada respecto a la misma.

Mención aparte cabe hacer respecto a la figura utilizada por el H. Tribunal para aplicar la multa o “equivalente a multa” y dar por concluido (como eventual equivalente jurisdiccional a la sentencia definitiva) el juicio respecto a FASA, prevaleciendo en este afán la misma empresa y la FNE de algo parecido a una “delación compensada” pero a través de una confesión/transacción, ciertamente inaceptable. De este modo, según se expondrá y ya hemos anticipado, no se reunían las condiciones para promover una conciliación en los términos que se aceptó. Sin embargo, la figura utilizada de delación compensada tampoco cumple con los requisitos para que esta hubiera sido aceptada. Por una parte, la delación compensada en materia de libre competencia aún no está vigente en Chile; y por otra, ni siquiera se cumpliría con los requisitos de toda delación compensada, consistente en que el reconocimiento de hechos

propios y aporte de antecedentes debe materializarse en la etapa previa a la presentación del requerimiento por parte de la Fiscalía Nacional Económica. De hecho, la esencia de la delación compensada es permitir a la Fiscalía reunir las pruebas previas que luego le permitan formalizar su denuncia a través de un requerimiento. Por lo tanto, en el caso de FASA jamás estaríamos en presencia de una verdadera delación compensada, sino como mucho, frente a una situación de confesión de un hecho propio, cuya veracidad y fundamento debiera valorarse en su justa medida al momento de dictarse la sentencia definitiva.

2. DEL “ACUERDO DE CONCILIACION” APROBADO MEDIANTE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA.

En efecto, con fecha 13 de abril de 2009, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, tras realizar dos audiencias –con fechas 1° y 9° de abril pasado- resolvió *“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.”*

De esta forma, el H. Tribunal, aprobó, mediante la resolución impugnada, sin modificaciones, la propuesta de “acuerdo de conciliación” acompañada por la FNE y FASA, con fecha 23 de marzo en curso. En consecuencia, resolviendo concurrir con su voluntad al equivalente jurisdiccional que puso término, **respecto de FASA**, al requerimiento de la FNE, presentado en el mes de diciembre de 2008, en contra de la misma empresa, Farmacias Salcobrand S.A. y nuestra representada.

Los términos del acuerdo aprobado, que son de amplio conocimiento de la opinión pública, requiere, para los fines que sustentan la presente reclamación, la especial revisión de sus

contenidos, en cuanto dicho “Acuerdo de Conciliación” contraria principios de rango constitucional, normas sustantivas, de procedimiento, con afectación de las normas de libre concurrencia, a saber:

En efecto, la FNE y FASA con fecha 23 de marzo pasado presentaron al H. Tribunal un escrito mediante el cual solicitaban en lo principal se llamara a dichos comparecientes a conciliación, acompañando en un otrosí el denominado “Acuerdo de Conciliación”, solicitando su aprobación al H. Tribunal.

Así, en el primer otrosí del escrito mencionado, la FNE y FASA acompañan un documento suscrito por ellas mismas, que denominan “**Acuerdo de Conciliación**”, en el cual se contienen una serie de declaraciones de don Sergio Mesías Vidal, que imputan a terceros no identificados –“*algunos ejecutivos de FASA*”–, haber tenido conversaciones con también indeterminados “*ejecutivos de algunos laboratorios*”, todo los cuales habrían aceptado “*participar en un mecanismo de alzas de precios coordinado con su competencia*”. A reglón seguido y luego de otras declaraciones tendientes a sustraer al Directorio y al Vicepresidente Ejecutivo de la responsabilidad de los supuestos actos de sus dependientes que estaría reconociendo, se asumen una serie de “compromisos”, que a continuación pasamos a analizar:

- El primer “compromiso” de la conciliación, dispone que FASA se obliga a pagar al Fisco, “*para beneficio social,*” una cantidad de 1.350 unidades tributarias anuales.³
- El segundo compromiso contenido en la conciliación, es que FASA “*se obliga a elaborar un código interno, de acuerdo a las mejores prácticas internacionales, por medio del cual buscará desincentivar toda conducta que pueda considerarse contraria a*

³ Acuerdo de Conciliación, Segundo

las normas de libre competencia".⁴

- Un tercer compromiso consiste en que Fasa se obliga a establecer la prohibición absoluta a sus ejecutivos, de mantener propiedad o participación alguna *"en las otras requeridas, así como en la administración de sus negocios, sea presente o futura"*.⁵

- Finalmente, y en lo que constituye no un "compromiso" por parte de la requerida FASA, sino que el único "compromiso" de la FNE, este servicio público acuerda que:

"deja sin efecto y renuncia a las peticiones formuladas en su requerimiento en relación con FASA, así como en relación con sus directores, administradores, ejecutivos y trabajadores, actuales o que hubieren tenido tales calidades a la época de ocurrencia de los hechos ventilados en autos".⁶

Concluyen la FNE y FASA, señalando que *"los acuerdos que anteceden contienen prestaciones mutuas entre las partes"*, conformando un acuerdo de conciliación que, una vez aprobado por el H. Tribunal, *"pondrá término al juicio caratulado "Requerimiento de la FNE en contra de Farmacias Ahumada S.A. y otros", rol N° C-184-08, respecto de FASA, con fuerza de sentencia definitiva."*

Este documento se tuvo por acompañado con citación con fecha 24 de marzo último, según consta a fojas 588 de autos, siendo observado por esta parte a fojas 603 y tenidas por presentes dichas consideraciones por el H. Tribunal a fojas 637 con fecha 31 de marzo, las cuales esencialmente expresaban en lo que respecta al "Acuerdo de Conciliación":

(i) No constituye una conciliación, ni es un equivalente jurisdiccional.

⁴ Acuerdo de Conciliación, Tercero

⁵ Acuerdo de Conciliación, Cuarto

⁶ Acuerdo de Conciliación, Quinto

En efecto, no obstante su nombre, el documento acompañado bajo el rótulo de **“acuerdo de conciliación”**, no es una conciliación, toda vez que ésta última es **“un acto jurídico procesal bilateral en virtud del cual las partes, a iniciativa del Juez que conoce de un proceso, logran durante su desarrollo ponerle fin por mutuo acuerdo”**⁷.

Lo expresado precedentemente, se encuentra en perfecta concordancia con lo establecido en el artículo 262 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, que dejan de manifiesto que la conciliación es una actuación procesal, que se celebra en el marco de un proceso, específicamente en una audiencia citada para tal efecto, todo ello a iniciativa del Juez quién deberá proponer **“personalmente bases de arreglo”**.

Cabe además agregar que una de las características de la conciliación es que ésta tiene límites, que están fijados por la competencia específica del Tribunal, vale decir, no se puede hacer concesiones ajenas al asunto sometido al conocimiento del Tribunal, por el contrario, **“si se desea llegar a una solución sobre la base de prestaciones no discutidas, deberá recurrirse a la transacción que, para tal efecto, no tiene límites”**⁸.

Lo indicado precedentemente, resulta aplicable en la especie, toda vez que el **“acuerdo de conciliación”**, se extiende a la obligación de Fasa de elaborar un **“código interno, de acuerdo a las mejores prácticas internacionales”**, prestación que no fue objeto de petición concreta alguna de la FNE y que, en consecuencia sólo teniendo en cuenta el ámbito procesal y sin atender a la cualidad de la medida excedería, en esta circunstancia, el marco de la competencia específica del Tribunal.

- (ii) El **“acuerdo de conciliación”** es una **“delación compensada”**, institución no prevista en la legislación de Libre Competencia.

En efecto, el denominado **“acuerdo de conciliación”**, más allá de la

⁷ Juan Colombo Campbell, “Los Actos Procesales”, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1997, página 404.

⁸ Juan Colombo Campbell, ob.cit., página 407.

denominación que le den las partes sería una **“delación compensada”**, en la cual FASA reconoce indirectamente su supuesta participación, en un también supuesto acuerdo colusorio, para alzar coordinadamente precios. Para tal efecto, acompaña **“antecedentes serios de la existencia de tales hechos”⁹** y **“se compromete a colaborar en lo sucesivo con la FNE para seguir aportando todos los antecedentes relevantes que puedan estar en su poder y que ayuden al esclarecimiento de los hechos”**.

Como contrapartida, la FNE otorga un tratamiento particular a FASA, en especial disminuyendo la multa solicitada desde las 20.000 UTA demandada, a la suma de 1.350 UTA y admite que quien hace tal delación salga del juicio, al **“dejar sin efecto y renunciar a las peticiones formuladas en su requerimiento en relación con Fasa”**.

Es del caso señalar que es un hecho público y notorio que la institución de la delación compensada no se encuentra establecida ni reconocida en nuestra legislación de libre competencia, al punto que acaba recién de terminar su discusión en Tercer Trámite Constitucional ante el Honorable Congreso Nacional.

No obstante, que la FNE ha sido la principal promotora de este proyecto y ha sostenido la necesidad de que se le entregue legalmente este instrumento de detección y represión de carteles; en el caso sub-lite utiliza una aparente delación compensada conduciéndola a través de otras instituciones no particularmente idóneas, como la conciliación. En otras palabras, al utilizar un mecanismo de delación compensada, contradice la instalación legal de esta herramienta jurídica.

- (iii) En todo caso, el **“acuerdo de conciliación”** no cumple los requisitos de la institución de la **“delación compensada”** promovida por la FNE, instituto que forma parte de un proyecto en proceso de discusión legislativa.

⁹ Como se indicará en el primer otrosí, los documentos acompañados en forma alguna configuran “antecedentes serios” que den cuenta de una supuesta colusión. Por el contrario, solo demuestran que Fasa, al igual que su competencia, tiene una eficiente política de seguimiento de precios, demostrativo de un “paralelismo”.

Efectivamente, la delación compensada que se ha pretendido utilizar en estos autos ni siquiera cumple con los requisitos que contempla el Proyecto de Ley en su articulado. En efecto, el artículo 39 bis, del último texto público del proyecto, de fecha 16 de Enero de 2008, deja de manifiesto que la delación debe producirse **ANTES** de la interposición del requerimiento. Así fluye del citado artículo, que dispone “**para acceder a uno de estos beneficios, el ejecutor de la conducta deberá cumplir los siguientes requisitos: 1.- proporcionar los antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal**”. Agrega el número 2.- del mismo artículo 39 bis, la obligación del delator de abstenerse de divulgar la solicitud de los beneficios “**hasta que la Fiscalía haya formulado el requerimiento...**”. Lo anterior se ve refrendado por el inciso final del artículo en comento, que dispone que “**en su requerimiento el Fiscal individualizará a cada ejecutor de la conducta que cumplió los requisitos para acceder al beneficio de exención o reducción de la multa**”.

En el caso analizado, la delación no se produce antes del requerimiento, sino que aparentemente, según expresa, con motivo del requerimiento, razón por la cual la información que supuestamente Fasa acompañaría, no le pudo haber permitido a la FNE fundar su requerimiento, sino que le permitirá, *ex post*, obtener prueba para apoyar el requerimiento ya presentado.

En otras palabras Fasa, está trocando su supuesta y desconocida prueba y la FNE la está reeditando con una rebaja de la multa, que en todo caso sería ilegal de acuerdo a la normativa en discusión.

Finalmente, cabe destacar que la institución de la delación compensada es el equivalente a una atenuante en el derecho penal, vale decir, el delator debe ser parte pasiva del proceso y sólo en la sentencia definitiva se debe **atenuar** su responsabilidad como consecuencia de su “**colaboración**”. Vale decir, es sólo en la sentencia definitiva cuando se materializan los efectos de la

delación compensada y recién allí se determina la sanción.

En otras palabras, el delator no puede ser excluido del juicio y de la sentencia definitiva.

En conclusión H. Tribunal, si se encontrara aprobada la legislación que tanto ha promovido la FNE, ésta **no podría haber llegado** al acuerdo acompañado a estos autos.

(iv) Intervienen competencias limitadas de la FNE.

A la FNE le es aplicable el principio de legalidad contenido en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República. Más aún, el artículo 2 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante “**LBGAE**”), dispone expresamente que **“los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico”**.

Basta la simple lectura del artículo 39 del DL 211, para constatar que el legislador expresamente no le ha conferido a la FNE la facultad de celebrar acuerdos de delación compensada.

Baste leer cualquiera de las múltiples intervenciones en foros especializados o en la prensa por parte de la FNE, para constatar su decidida campaña a que se le otorgue tal facultad, al punto que el Ejecutivo promovió una iniciativa legal, actualmente en discusión en el Congreso Nacional, para modificar el DL 211, ampliando las facultades de la FNE, específicamente, en lo que importa, estableciendo la institución de la delación compensada en nuestro ordenamiento jurídico. Demás está decir que tal modificación legal, que se encuentra en tramitación, no es ley de la República y por consiguiente, es inaplicable.

Así las cosas, y más allá de la apariencia que se le dé al acto, la FNE al concurrir con su firma a un acuerdo de delación compensada, ha actuado fuera del ámbito de sus facultades, siendo nula de derecho público su actuación, en conformidad a lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política de la República.

Sobre esta materia, García de Enterría y Fernández, han consignado que **“las administraciones públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tiene encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que cada caso prevea la disposición que lo regule”**¹⁰. En el particular, la doctrina especializada ha hablado del **“fenómeno de las vías de hecho”**, las que se pueden verificar **“por una parte cuando la actividad ejecutoria administrativa no se legitima en un acto administrativo previo, al no haberse dictado o al haber dejado de existir (por haberse anulado o revocado); o, igualmente si el acto incurre en tal grave defecto que carece de toda fuerza legitimadora o, si, existiendo acto la ejecución material no guarda conexión con su supuesto de hecho o es desproporcionada con los fines que se propone”**¹¹.

En el caso que nos ocupa claramente estamos en presencia de una **“vía de hecho”**, y por lo mismo la actuación del órgano administrativo es nula de derecho público por violar los citados artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, 2 de la LBGAE y 39 del DL 211.

(v) El “acuerdo de conciliación” no es vinculante para este H. Tribunal.

En otro orden de ideas y como es un hecho indiscutible, es una **facultad** de este H. Tribunal llamar o no a una conciliación, según se lee expresamente

¹⁰ Eduardo García de Enterría y Tomás- Ramón Fernández, “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, Primera Edición Argentina, Thomson Civitas/La Ley, 2006, página 685.

¹¹ Eduardo García de Enterría y Tomás- Ramón Fernández, “Curso De Derecho Administrativo”, decimotercera edición, Tomo I. Madrid: Civitas, 2006, página 23.

en el artículo 22 del DL 211¹².

Por otra parte, como lo dispone expresamente el artículo 262 del Código de Procedimiento Civil, es el Juez quien llama a conciliación y él **quien propone personalmente las bases del arreglo**, de modo tal que las opiniones que puedan tener algunas de las partes de un litigio, no obligan ni son oponibles para este H. Tribunal.

Más aún y tal como se señaló precedentemente en el literal a.-, las materias de la conciliación se encuentran limitadas por la competencia específica, toda vez que **“los acuerdos a que se llegue son equivalentes a sentencia y, por lo tanto, se enmarcan en los elementos de la cosa juzgada, lo que es natural en los mecanismos legítimos de solución de conflictos; mas debe agregarse que por la misma razón ni los sujetos ni el tribunal pueden incorporar a dicho acuerdo elementos ajenos a la competencia específica que se ventila en el proceso donde la conciliación se verifica”**¹³.

Lo señalado precedentemente, resulta del todo trascendente toda vez que con motivo de la delación compensada que se pretende vestir como conciliación, se está acordando cuestiones que se encuentran fuera de la competencia específica de este proceso, como lo es la elaboración de un **“código interno, de acuerdo a las mejores prácticas internacionales”**.

(vi) **El “acuerdo de conciliación” afecta derechos indisponibles y por lo mismo adolece de objeto ilícito.**

Especial importancia tiene esta materia, toda vez que si bien es cierto el artículo 22 del DL 211, faculta a este H. Tribunal para citar a conciliación, no es menos cierto que la inalterable doctrina y jurisprudencia de este H. Tribunal ha sido recurrir a este mecanismo sólo cuando se ventilan asuntos que afectan únicamente a particulares y, en consecuencia, no alteran el orden público económico.

¹² Artículo 22 inciso 1° del DL 211: “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.

¹³ Juan Colombo Campbell, ob. Cit. página 407.

De este modo, debemos preguntarnos las cuestiones que se discuten en estos autos y constituyen la competencia específica de este H. Tribunal ¿son o no disponibles para las partes? Y la respuesta es única y categórica: se acusa a nuestra representada y los demás litis consortes pasivos de colusión y además se imputa que tal conducta habría incidido supuestamente en un alza ilícita de precios, nada menos que en el mercado de la salud, todo lo cual deja de manifiesto la calidad de orden público de los bienes jurídicos en discusión y por lo mismo, la indisponibilidad de las partes.

Esta parte debe reiterar que Cruz Verde no ha participado de las conductas que se le imputan, pero frente al daño a su imagen corporativa y la condena anticipada a que ha sido objeto en la prensa, estima necesario que este procedimiento se lleve hasta el final para demostrar su inocencia. Además, no existe justificación legal ni ética que permita a Fasa, que ha reconocido extrajudicialmente una supuesta coordinación de precios junto a indeterminados laboratorios, el que ella se pueda eximir de las consecuencias de los hechos que ella misma ha confesado extrajudicialmente pretendiendo pagar el equivalente a 1.350 UTA.

3. LAS CONCILIACIONES ANTE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

En primer término, y aún cuando pueda resultar evidente, es necesario destacar que no obstante su nombre, el documento acompañado bajo el rótulo de “**acuerdo de conciliación**”, no es una conciliación, sino sólo, en el mejor de los casos, un acto de carácter preparatorio a una suerte de conciliación, a la cual posteriormente arribarán la FNE y FASA, cuando obtienen la aprobación del H. Tribunal, con lo que se intenta perfeccionar el “**equivalente jurisdiccional**” conocido como conciliación, que es “*un acto jurídico procesal bilateral en virtud del cual las partes, a iniciativa del Juez que conoce de un proceso, logran durante su desarrollo ponerle fin por mutuo acuerdo*”.¹⁴

¹⁴ Juan Colombo Campbell, “Los Actos Procesales”, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1997, página 404.

Sin embargo, en este punto, los artículos 262 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, dejan de manifiesto que la conciliación es una actuación procesal, que se celebra en el marco de un proceso, específicamente en una audiencia citada para tal efecto, todo ello a **iniciativa** del Juez quién deberá proponer a las partes del juicio, *“personalmente bases de arreglo”*.

Cabe además agregar, que una de las características de la conciliación, es que **ésta tiene límites**, que están fijados por la competencia específica del Tribunal. Vale decir, no se pueden hacer concesiones ajenas al asunto sometido al conocimiento del Tribunal. Por el contrario, ***“si se desea llegar a una solución sobre la base de prestaciones no discutidas, deberá recurrirse a la transacción que, para tal efecto, no tiene límites”***¹⁵.

Sin resultar estrictamente necesario profundizar a este respecto, esto es que se trata más propiamente de una transacción, baste indicar que el **“acuerdo de conciliación”** en comento, se extiende a la obligación de FASA de elaborar un **“código interno, de acuerdo a las mejores prácticas internacionales”**, prestación que no fue objeto de petición concreta alguna de la FNE y que, en consecuencia, **excede el marco de la competencia específica del Tribunal**.¹⁶ De igual modo, y tal como se indicará más adelante, esta “conciliación” extiende su efectos liberatorios a personas que no eran parte del litigio de autos –*“sus directores, administradores, ejecutivos y trabajadores, actuales o que hubieren tenido tales calidades a la época de ocurrencia de los*

¹⁵ Colombo Campbell, ob.cit., página 407.

¹⁶ “Más aún y tal como se señaló precedentemente en el literal a.-, las materias de la conciliación se encuentran limitadas por la competencia específica, toda vez que **“los acuerdos a que se llegue son equivalentes a sentencia y, por lo tanto, se enmarcan en los elementos de la cosa juzgada, lo que es natural en los mecanismos legítimos de solución de conflictos; mas debe agregarse que por la misma razón ni los sujetos ni el tribunal pueden incorporar a dicho acuerdo elementos ajenos a la competencia específica que se ventila en el proceso donde la conciliación se verifica”**.” Colombo Campbell, ob. cit. página 407.

hechos ventilados en autos”-, que nunca fueron requeridos por el FNE, con lo cual también **se excede el marco de la competencia específica de este H. Tribunal.**

Por lo demás, es cuestionable que lo presentado por la FNE y FASA como acuerdo conciliatorio, sea realmente una conciliación, pues resulta discutible la legitimidad del origen de esta llamada conciliación, atendida la forma en que ha sido forjada. En efecto, la conciliación, conforme el artículo 22 de DL 211, está reservada a la iniciativa del Tribunal, en cuanto ella debe surgir del órgano jurisdiccional, a través de la proposición de bases de arreglo, las que en este caso nunca existieron. El H. Tribunal no las propuso. Lo único que hizo, fue pedir precisiones a la FNE y a FASA respecto de ciertos términos del denominado acuerdo conciliatorio. De ello no hay duda alguna, pues no hay constancia alguna en autos acerca de ellas. La única vez que se menciona la voz “bases para el arreglo”, es en la resolución que reclamamos, las que sin embargo, no existieron.

De este modo, queda en tela de juicio la verdadera naturaleza del llamado acuerdo de conciliación, pues adolece de un elemento esencial para ser tal. Así las cosas, o bien es una transacción, como hemos dicho precedentemente, o bien un avenimiento mezclado con un allanamiento de la requerida FASA y un desistimiento del requirente, la FNE.

De esta suerte, la equivocada comprensión por parte del H. Tribunal del equivalente jurisdiccional presentado por las partes de FASA y la FNE, generan, en nuestro concepto, ilegalidades en su aprobación.

Por lo pronto, la parte allanada no pierde su calidad de parte en el proceso, como se ha permitido a FASA. De hecho, en tal caso el

Tribunal debió dictar sentencia en su contra, aunque la existencia de un *litisconsorcio* pasivo y dada la unidad de la conducta cuestionada a los 3 *litisconsortes*, ello no era posible en este momento procesal.

Adicionalmente, al aprobarse por el H. Tribunal este allanamiento y por otra parte reconocer o imponer la multa propuesta, ha validado que la multa, como reflejo del castigo administrativo por excelencia, sea acordado directamente entre la FNE y FASA, renunciando al ejercicio de su función jurisdiccional y a la consecuente potestad punitiva, lo que es algo absolutamente contrario a la ley; o, ha prejuzgado contra las otras dos requeridas, que sostienen su inocencia, por haber manifestado su dictamen sobre la cuestión pendiente con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia.

Tan de manifiesto es esto, que el acuerdo conciliatorio dice y la resolución recurrida aprueba, el pago de una suma, "como equivalente a una multa". No llegamos ni siquiera a imaginar cómo se explica esa frase en términos jurídicos.

Finalmente, dentro del espectro de anomalías procesales que la aprobación de este acuerdo importan, nos parece que también se afecta el *Debido Proceso*, que en nuestro Ordenamiento Jurídico tiene rango constitucional. En efecto, al menos se trasgrede un principio informante del debido proceso, como es el de la bilateralidad, pues por su intermedio FASA consigue una serie de prebendas procesales y sustantivas, en contra de los otros sujetos que se encuentran en la misma posición jurídica frente a la misma e idéntica imputación que dio origen a esta causa. Probablemente, también se viola el de igualdad, pues FASA obtiene un estatuto de inmunidad y el curioso beneficio de dejar de ser parte, versus el compromiso de aportación de prueba de

cargo que asume. Ello refleja un quiebre en la igualdad de las partes en el proceso, que sólo tiene lugar en virtud de la aprobación del H. Tribunal, al mal llamado acuerdo conciliatorio.

Por lo demás, nos parece que la colaboración de FASA, en términos de aportar prueba al caso, atendido que es la contraprestación para su multa reducida, su salida del juicio sin más responsabilidad en el ámbito de la libre competencia y la negociada inmunidad de sus directores, gerentes y ejecutivos, está irremediamente afectada del vicio de prueba ilícita o corrupta, pues obedece a un interés económico de parte y no al mero afán de colaborar a la justicia.

4. LOS AGRAVIOS CONTRA LA LIBRE COMPETENCIA EN QUE INCURRE EL “ACUERDO CONCILIATORIO” APROBADO.

Pues bien, hasta ahora, sólo nos hemos referido a la conciliación desde la perspectiva de la reglamentación procesal civil y constitucional e, indiciariamente, en materia de libre competencia. A continuación, plantearemos vicios en que incurre este acuerdo conciliatorio y la resolución que lo aprueba, desde el ángulo del Bien Jurídico Libre Competencia, mismo que nos parece absoluta y totalmente amagado por la resolución reclamada. En efecto, en materia de Libre Competencia y de acuerdo al artículo 22 del DL 211, es factible conciliar durante procedimientos contenciosos ante el H. Tribunal, el cual debe aprobar los términos del acuerdo “**siempre que no atente contra la libre competencia**”. Esta disposición legal surge de la discusión de la Ley N° 19.911, que creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

En el debate legislativo de la referida Ley N°19.911, al estudiarse la posibilidad de reclamar de la resolución que aprueba una conciliación, se señaló que:

*“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.***

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”¹⁷.

Como veremos más adelante, la resolución recurrida, que aprueba el acuerdo de conciliación de autos, afecta a terceros y atenta contra la libre competencia, razones por las que debe rechazarse.

En síntesis, en ambos casos el texto del denominado “acuerdo de conciliación”, presentado por la FNE y FASA y aprobado por este H. Tribunal, no se ajusta a las exigencias de la propia historia de la ley que incorporó el trámite facultativo de la conciliación, ni al texto expreso del DL 211, por lo que ha de ser rechazada íntegramente.

A continuación, alegamos ante este H. Tribunal, que el denominado “**acuerdo de conciliación**” alcanzado por las partes de la FNE y FASA, con la aprobación del H. Tribunal, **es contrario a la libre competencia**, debiendo ser revocado y dejado sin efecto íntegramente y en todas sus partes, por las razones que se enuncian y se desarrollan a continuación:

¹⁷ 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, Bolefín N° 2.944-03, páginas 45 y 46

- A.** La conciliación contiene una renuncia a potestades públicas, indisponibles por la FNE, como es la de investigar posibles ilícitos contra la libre competencia y requerir ante este H. Tribunal su sanción, respecto de personas ajenas a la litis (terceros extraños a este proceso).
- B.** La conciliación establece un grupo de privilegiados frente a la libre competencia, respecto de los cuáles no se investiga ni se requiere, pese a decirse en el acuerdo conciliatorio que son autores materiales y directos de los actos de coordinación para alzar precios que FASA confiesa.
- C.** La conciliación afecta los derechos de terceros para obtener la reparación de los perjuicios causados por la conducta “confesada” por FASA, quienes se ven imposibilitados de que exista un juicio y una condena por ilícitos contra la libre competencia en que se ha confesado, expresamente, su participación.
- D.** El “acuerdo de conciliación” es una simulación de una “delación compensada”, institución no prevista en la legislación de Libre Competencia, y sin que cumpla ninguno de los requisitos de la institución de la “delación compensada”, tal y como esta regulada en el proyecto de ley de reforma del DL 211, que acaba de terminar con su tercer trámite constitucional.
- E.** Perjuicio procesal a CRUZ VERDE y afectación a la Libre Competencia.

A.- LA CONCILIACIÓN CONTIENE UNA RENUNCIA A POTESTADES PÚBLICAS, INDISPONIBLES POR LA FNE, COMO ES INVESTIGAR POSIBLES ILÍCITOS CONTRA LA LIBRE COMPETENCIA Y REQUERIR ANTE ESTE H. TRIBUNAL, SU SANCIÓN CONTRA PERSONAS AJENAS A LA LITIS, ENTRE OTROS.

Como demostraremos en este apartado del recurso que intentamos, la conciliación que fue aprobada por el H. Tribunal, contiene una

renuncia expresa por parte de la FNE de diversas potestades públicas, relativas a la investigación y represión de infracciones a la libre competencia, respecto de terceros extraños o personas ajenas a la litis, lo que importa una grave infracción a las normas reguladoras de la conciliación *antimonopólica*, por lo que ésta debe ser dejada sin efecto (al no poderse modificar).

Para dicho fin, previamente analizaremos las potestades públicas con que cuenta la FNE para velar por la libre competencia.

A.1.- LA FNE EJERCE POTESTADES PÚBLICAS RESPECTO DE LA LIBRE COMPETENCIA: LAS POTESTADES NO PUEDEN RENUNCIARSE.

El principio de la legalidad, como indican los tratadistas españoles García de Enterría y Fernández, **atribuye potestades a la Administración**. Es la legalidad, la que otorga facultades de actuación, definiendo con cuidado los límites, apoderando y habilitando a la Administración para su acción, entregando poderes jurídicos al efecto.¹⁸

La potestad no se genera en relación jurídica alguna, ni en negocios o actos singulares. La potestad tampoco recae sobre algún objetivo específico y determinado, sino que tiene un carácter genérico y se refiere a un ámbito de actuación definido en grandes líneas. No es, tampoco, una posición particular, sino más bien una posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos. Ejemplo de potestades tenemos en la potestad reglamentaria, en las normas expropiatorias, en las de policía, etc.¹⁹

En síntesis, las potestades públicas son los medios jurídicos con que cuenta la Administración para desplegar su actividad y

¹⁸ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, "Curso de Derecho Administrativo", t. I, página 451

¹⁹ García de Enterría y Fernández, ob.cit. página 542

para imponer sus decisiones a otros para el cumplimiento de un fin.

Frente a una potestad pública, hay sujetos pasivos que experimentan una consecuencia, ventajosa o no, pero que están obligados por el titular de ella. Las potestades, al nacer de la ley y no de un negocio, se caracterizan por ser **inalienables, irrenunciables²⁰ e intransferibles,²¹** al ser **indisponibles por el sujeto en cuanto creación del Derecho.** El profesor Osvaldo Oelckers aclara a este respecto:

*“el titular de una potestad podrá ejercitarla o no, su ejercicio es voluntario, pero **en ningún caso podrá transmitirla o renunciar a ella.** Sólo en ciertos casos cabe la renuncia, ya que ciertos ‘status’ legales lo permiten. Es por ej.: el caso del funcionario público o el concesionario que pueden renunciar a detentar tal calidad”.*²²

Como indica el actual ministro del Tribunal Constitucional, Carlos Carmona Santander, **las potestades se entregan para cumplir una función, definida por el Legislador, del cual su titular no puede apartarse.**²³

Sobre el sistema de interpretación restrictiva de nuestro Ordenamiento Jurídico, es ilustrativa la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, que ha señalado que: “La

²⁰ Sobre este particular, la doctrina ha señalado que “resultará inválida de nulidad absoluta, la renuncia anticipada (...) que efectúe un órgano de gobierno de un poder otorgado por la norma constitucional, un funcionario de una potestad pública”. Horacio De la Fuente, “Orden Público”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003, página 100

²¹ Emilio Fernández Vázquez, “Diccionario de Derecho Público”, 1983, página 595; también, García de Enterría y Fernández, ob. cit., página 453

²² Osvaldo Oelckers Camus, “El principio de legalidad. El contenido y alcance del principio de legalidad en las actuaciones de la Administración del Estado”, en: “La administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000”, Editorial Conosur, Santiago de Chile, 2000, página 466

²³ Carlos Carmona Santander, “El principio de legalidad”, apuntes de clases, Santiago, 2005, página 17. La atribución de potestades debe (i) ser efectuada por el ordenamiento jurídico, de acuerdo al artículo 7° de la Constitución Política de la República, (ii) ser expresa y explícita; y (iii) ser previa.

*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”.*²⁴ En armonía con lo anterior, la doctrina autorizada indica que se debe interpretar en forma estricta y no extensiva las potestades de la Administración.²⁵

Tras esta breve introducción al tema, tenemos que concluir, necesariamente, que tras ser habilitada por la ley (DL 211), con diversas potestades públicas, **la FNE no podía renunciar a ellas, así como tampoco apartarse -ex ante- de la función y finalidades que le ha establecido el DL 211, esto es:** “dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados” (Artículo 2 del DL 211), salvo que la misma ley expresamente lo haya facultado para ello.

En efecto, el DL 211 ha establecido en su Título III, la organización y potestades de la Fiscalía Nacional Económica. Así, en particular, el artículo 39 de dicho texto legal dispone que la FNE tiene **atribuciones y deberes**,²⁶ entre otros, los siguientes:

- (a) Instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones al DL 211 (Art. 39, letra a), DL 211);
- (b) Actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en el orden económico, ante el H. Tribunal y los tribunales de justicia (Art. 39, letra b), DL 211);

²⁴ Dictamen N° 46.097, de 2007

²⁵ Luciano Parejo Alfonso “Derecho Administrativo”, 2003, página 646

²⁶ De acuerdo a Domingo Valdés, estas “atribuciones y deberes”, constituyen las **potestades públicas** de la FNE.

(c) Solicitar a los particulares las informaciones que estime necesarios con motivo de las investigaciones que practique (Art. 39, letra h), DL 211); y

(d) Llamar a declarar, o pedir declaración, a los representantes, administradores, asesores y dependientes de las entidades o personas que pudieren tener conocimiento de hechos, actos o convenciones objeto de investigaciones (Art. 39, letra j), DL 211).

A.2.- LAS POTESTADES PÚBLICAS DE LA FNE, ADEMÁS DE SER IRRENUNCIABLES, FUERON OTORGADAS PARA INVESTIGAR Y REQUERIR ANTE EL H. TRIBUNAL, EL CASTIGO DE LOS ATENTADOS CONTRA LA LIBRE COMPETENCIA.

Todas las potestades de la FNE que se comentan, fueron reforzadas a través de la Ley 19.610, en cuya historia fidedigna se dispuso que:

*“La defensa de la libre competencia **está encomendada a los poderes públicos.** En tal virtud, **deben actuar para evitar las prácticas que puedan afectar o dañar seriamente la concurrencia entre empresas.**”²⁷*

Al caracterizar a la FNE, se señaló en el proyecto de ley que a ésta le corresponde *“**básicamente, instruir las investigaciones que el fiscal estime procedente para fiscalizar las infracciones a la libre competencia; actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en el orden económico, (...)** con todos los deberes que corresponde”*.²⁸ Aún más, tal y como se indicó en el Mensaje del proyecto de ley de marras, la FNE

²⁷ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que fortalece la Fiscalía Nacional Económica, Santiago, Octubre de 1997, Boletín N° 2105-03

²⁸ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que fortalece la Fiscalía Nacional Económica, Santiago, Octubre de 1997, Boletín N° 2105-03

“constituye el brazo ejecutor en la defensa de la libre competencia”.²⁹

En fin, precisa el proyecto de ley en cita, que la libre competencia es un bien jurídico *“de importancia vital para el libre y adecuado ejercicio de la libertad empresarial, así como para un sano desarrollo de la economía nacional. En este contexto, corresponde al Estado velar por la defensa de la libre competencia, en orden a satisfacer su finalidad trascendental, cual es, el bien común.”*³⁰

La doctrina nacional, y acudimos al profesor Domingo Valdés, ha señalado que la FNE *“no puede avocarse a la realización o ejecución de política o directiva alguna que entre en conflicto con la libre competencia o cualquier conducta que si bien no entrando en conflicto con ésta, no suponga una tutela de la misma, en cualesquiera de tales casos se configura una verdadera desviación de las potestades públicas que se le han conferido para un fin tan específico, como es la preservación de la libre competencia”*.³¹

Agrega dicho autor, que la FNE, como auxiliar de la justicia antimonopólica, tiene por potestades públicas, aquellas de instruir investigaciones y actuar como parte, representando el interés general de la colectividad, entre otras; *“todas ellas han de estar finalizadas a la tutela de la libre competencia”*.³²

²⁹ “Dentro de la institucionalidad existente, este organismo, dada su competencia, atribuciones y ámbito de acción, **constituye el brazo ejecutor en la defensa de la libre competencia**. En efecto, es la Fiscalía Nacional Económica quién representa el interés general de la colectividad en el orden económico.” Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que fortalece la Fiscalía Nacional Económica, Santiago, Octubre de 1997, Boletín N° 2105-03

³⁰ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que fortalece la Fiscalía Nacional Económica, Santiago, Octubre de 1997, Boletín N° 2105-03

³¹ Domingo Valdés Prieto, “Libre Competencia y Monopolio”, Editorial Jurídica de Chile, página 703

³² Valdés Prieto, ob.cit., p. 703 y siguientes

Así las cosas, de estas mínimas reflexiones se desprende, sin ambages, que la FNE no puede ni podría llegar acuerdos que impliquen una conducta que no suponga velar por la libre competencia, pues en dicho caso, este servicio público desvía el ejercicio de la protección de la libre competencia.

De modo que, es indudable concluir que la FNE ejerce diversas potestades públicas, como son las de investigar posibles ilícitos, requerir información de los particulares investigados, citarlos a declarar y, eventualmente, requerir ante el H. Tribunal la sanción y represión de dichas conductas contrarias a libre competencia, representando al interés colectivo en materia económica, **pero no puede jamás RENUNCIAR EX ANTE a dichas potestades**, que es lo que ha ocurrido en este caso.

A.3.- LA FNE HA RENUNCIADO A EJERCER EX ANTE SUS POTESTADES PÚBLICAS, ESENCIALES PARA LA REPRESIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA, RESPECTO DE TERCEROS EXTRAÑOS AL JUICIO (PERSONAS NATURALES DISTINTAS DE LAS REQUERIDAS).

Pues bien, en lo que nos interesa, resulta evidente que la FNE, mediante su “Acuerdo de Conciliación”, ha renunciado expresa, pero ilegalmente, a ejercer sus potestades públicas respecto de un conjunto de personas que es del todo ajeno a su requerimiento, y que no son parte de la presente litis, como son las renunciaciones que efectúa la FNE **“EN RELACIÓN CON SUS DIRECTORES, ADMINISTRADORES, EJECUTIVOS Y TRABAJADORES, (de Fasa) ACTUALES O QUE HUBIEREN TENIDO TALES CALIDADES A LA ÉPOCA DE OCURRENCIA DE LOS HECHOS VENTILADOS EN AUTOS”**.³³

Tal como consta del mérito de autos, la FNE **NO HA REQUERIDO A LOS DIRECTORES, ADMINISTRADORES, EJECUTIVOS Y**

³³ Acuerdo de Conciliación, Quinto

**TRABAJADORES DE FASA, SINO SOLAMENTE A FARMACIAS
AHUMADA S.A.**³⁴

Luego, si no los requirió, es obvio que la FNE no pudo “renunciar” por anticipado a sus pretensiones respecto de este grupo de personas, como pretende hacerlo, confiriéndoles una suerte de inmunidad que repugna al Sistema Jurídico actualmente vigente.

No obstante lo expuesto, la FNE, por sí y ante sí, opta por “renunciar” y dejar sin efecto (sic) sus peticiones en contra del grupo de personas no requeridas (en adelante “las personas naturales no requeridas”).

Creemos que al “renunciar y dejar sin efecto” las pretensiones de la FNE, en lo que se refiere a personas naturales no requeridas – todas ellas procesalmente terceras extrañas al presente litigio-, en verdad lo que ha hecho la FNE, es incurrir, derechamente, en el ejercicio absolutamente ilegal de una renuncia a diversas potestades públicas, individualizadas precedentemente, como son las de instruir investigaciones, actuar como parte representando el interés general de la colectividad en el orden económico ante el H. Tribunal, solicitar la adopción de medidas correctivas por el H. Tribunal, e incluso, solicitar a los particulares las informaciones y antecedentes que estime necesarios con motivo de sus investigaciones (Artículo 39 del DL 211).

Más aún, siendo la “confesión” de FASA absolutamente indeterminada –“**algunos** ejecutivos de FASA mantuvieron contactos personales con ejecutivos de **algunos** laboratorios...”;

³⁴ Señala el libelo de requerimiento que “en ejercicio de las facultades que me confiere el artículo 39, letras b) y c) del Decreto Ley N° 211 (...) vengo en formular Requerimiento en contra de FARMACIAS AHUMADA S.A., RUT N° 93.767.000-1, representada por don Sergio Purcell Robinson (...)”

o, "... **esos** ejecutivos de FASA recibieron y en **algunos** casos elaboraron información... y aceptaron participar en **un mecanismo** de alzas de precio coordinadas con su competencia"-, la renuncia en cuestión se torna aún más reprochable, toda vez que no se explicitó en la "conciliación" respecto de quiénes y por cuáles hechos se formula la renuncia, de modo que la FNE ha llegado al punto de dar una suerte de "cheque en blanco" respecto de terceros extraños al juicio, **que alcanzaría a todos los hechos – pues la renuncia no tiene limitación-, acaecidos en la época objeto del requerimiento.**

Es decir, no sólo la FNE formula una renuncia de potestades irrenunciables, en forma anticipada y sin contar con ley que lo faculte para ello, sino que, además, tal renuncia es totalmente amplia, imprecisa y general. Lo anterior demuestra que la actuación de la FNE se asemeja más a una verdadera impunidad, que al ejercicio legal de una potestad pública.

Esta sorprendente, pero ilegal "renuncia", infringe derechamente la libre competencia (por cierto, también es contraria a la Constitución Política de la República), por lo que, **de acuerdo al artículo 22 del DL 211, debe dejarse sin efecto la conciliación aprobada por el H. Tribunal.**

En efecto, la renuncia de la FNE efectuada ante Fasa, **ALCANZA INCLUSO RESPECTO DE TERCEROS EXTRAÑOS AL JUICIO**, los cuales no son partes del *litisconsorcio* pasivo necesario que se ha conformado en autos, como son las personas naturales no requeridas. Ellas son, que duda cabe, personas del todo ajenas a la relación procesal y, por lo mismo, excede el marco de una "conciliación", según se explicó precedentemente, ya que extiende los "acuerdos" a materias que se encontraban fuera de la competencia específica del H. Tribunal.

Huelga decir que, respecto de ellas -“las personas naturales no requeridas” --, **la FNE perfectamente puede requerir a personas naturales ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia**, como ha ocurrido en casos como los del Sr. John Malone (Rol C 156-08) y, más recientemente, con el caso del requerimiento de la FNE en contra de diversos directivos de la Asociación Chilena de Agencias de Publicidad (ACHAP), así como de agencias de publicidad (Rol C N° 177-08).

Demás está señalar, que el propio DL 211 permite que el H. Tribunal imponga multas a beneficio fiscal, no sólo a las personas jurídicas correspondiente (¿FASA?), sino **“a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo”**, según se lee del artículo 16 del DL 211.

En el presente caso, y discrepando del todo con lo informado por el Sr. Valdés en estos autos, el acuerdo aprobado por el H. Tribunal **NO VERSA** sobre todas las pretensiones de la FNE hechas valer en este litigio (competencia específica del H. Tribunal), sino que va más allá de lo que ésta puede hacer: no sólo se cesan las acciones contra la requerida, sino que derechamente se renuncia contra terceros que no son parte de la misma.

Aun más. Si bien por medio de la conciliación aprobada, se pone término a las pretensiones esgrimidas por la FNE contra Fasa, ocurre que también se pone también “término” ex ante, a posibles pretensiones contra personas naturales actualmente relacionadas con FASA o, incluso, que hoy no lo están, pero que la tuvieron a la “época de ocurrencia de los hechos”, que no fueron requeridas, y, no sabemos, si han sido investigadas.

En suma, la FNE ha renunciado a investigar y velar por la libre competencia y a perseguir los actos contrarios a la misma, respecto de un número indeterminado de personas ajenas a la litis, durante el período objeto de este juicio.

Este acuerdo, como se apreciará, contiene una suerte de condonación del dolo futuro, respecto de terceros ajenos a FASA, por lo que infringe el artículo 1465 del Código Civil.

Inclusive, como instrumento probatorio, el “*acuerdo de conciliación*” **adolece de objeto ilícito, en conformidad a lo dispuesto por el artículo 1462 del Código Civil, por tratarse de un acuerdo respecto de una materia indisponible para las partes (renunciar anticipadamente a ejercer potestades públicas para la protección de la libre competencia)**, por lo que en la presente conciliación, nunca procedía la autocomposición.³⁵

Dicho en términos sencillos, la FNE nunca podrá resolver *ex ante* no investigar ni requerir a particulares, antes de haberlos investigado y determinado si procede un requerimiento en su contra. Aun más, ante la gravedad de los hechos que aparece “confesando” FASA, resulta evidente que la FNE debería proceder a requerir a los directores, gerentes o trabajadores de dicha compañía, que habrían participado, directamente, en calidad de autores, en los hechos ilícitos confesados (colusión). Lo contrario, es una inadmisibles discriminación arbitraria en favor de personas ajenas a la litis. ¿O acaso se determinó que dichos directores, gerentes y trabajadores no eran responsables, sin investigación alguna? Hasta donde se ve, el FNE renunció a hacerlo.

³⁵ Colombo Campbell, ob. cit., página 407

A.4.- LA RENUNCIA DE LA FNE IMPLICA QUE HA INFRINGIDO EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE OBJETIVIDAD Y EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD.

Nuestra Constitución Política dispone, en su artículo 83, relativo al Ministerio Público, pero aplicable por analogía a todo servicio público que efectúe tareas de investigación y acusación, como es la FNE, el llamado “**principio de objetividad**”, consistente en que se deba investigar los hechos constitutivos de delito, la participación punible, así como aquellos hechos que “*acrediten la inocencia del imputado*”. Sobre este principio, hacen referencia los artículos 1 y 3 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y el artículo 77 del Código Procesal Penal.

Por su parte, el artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Constitución Política, dispone que el Legislador debe establecer siempre las garantías para un procedimiento y una investigación **racionales y justos**.

La doctrina señala que el mencionado principio de objetividad, resultaría equivalente o muy cercano al de la imparcialidad, precisándose que el principio impone que se deba chequear las posibles hipótesis de exclusión o atenuación de responsabilidad, Impone además, el deber de actuar de buena fe durante todo el procedimiento, evitando que las reglas del juego sean vulneradas.³⁶

En materia de derecho administrativo, el principio de imparcialidad está consagrado en el artículo 11° de la Ley N° 19.880, que obliga a la Administración a actuar con objetividad y respetar el principio de probidad, lo que, a la luz del “acuerdo de conciliación”, **sencillamente no existirá**: la FNE ha resuelto

³⁶ Mauricio Duce y Cristián Riego, “Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal”, Vol. 1, 2002, página 139 y sgtes. También María Inés Horvitz y Julián López, “Derecho Procesal Penal Chileno”, tomo 1, Editorial Jurídica, 2002, página 152

“bilateralmente” –o negociadamente, si se quiere- no sólo renunciar al requerimiento en contra de FASA, sino a no investigar ni requerir a un **número indeterminado de personas, que podrían ser 5, 10, 15, 20, 33, etc.**

Esta infracción al principio de imparcialidad, viciará cualquier investigación que efectúe la FNE, pues ha dado “inmunidad” o carta blanca a un número indeterminado de personas, a los cuales no investigará, no requerirá, ni pedirá información, entre otros, por un período de varios meses (el mismo período en que FASA “confesó”).

A.5.- DE LA INFRACCIÓN AL PRINCIPIO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DEL PREJUZGAMIENTO QUE IMPORTA LA ACTUACIÓN DE LA FNE Y LA APROBACIÓN DEL H. TRIBUNAL.

Otra perniciosa consecuencia de la actuación judicial que se reprocha, es que ella infringe otro capital derecho fundamental, que debe ser orientador del derecho sancionador, cual es la presunción de inocencia.

En efecto, si con el único afán de discurrir, admitimos que la confesión de colusión es procesalmente admisible, resulta que la misma deja en una desmedrada posición procesal al H. Tribunal y a los *litisconsortes* pasivos respecto de los cuales persiste el litigio.

De más está recordar que la “colusión”, a diferencia de otras figuras típicas contrarias a la libre competencia (en general, los abusos de posición dominante, competencia desleal, precios predatorios, etc.) para que se configure, **necesariamente requiere la concurrencia, en calidad de autores, de más de un agente de mercado.** En la especie, si uno de los supuestos actores ha “confesado” la colusión con sus competidores y el H.

Tribunal lo ha aceptado, resulta absolutamente incongruente pensar que en este mismo proceso se pueda absolver a los otros *litisconsortes*, ya que sería una manifiesta incongruencia el que finalmente hubiere **un único** responsable de una infracción que se perfecciona con a los menos **dos** agentes.

Así las cosas, la actuación de FASA, no obstante ser inoponible a nuestra representada, importa por parte de el H. Tribunal una manifestación de su dictamen sobre la cuestión pendiente, con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia, lo cual es causal de implicancia³⁷ y de recusación³⁸, en este último caso, por haber manifestado el H. Tribunal *“de cualquier modo su dictamen sobre la cuestión pendiente, siempre que lo hubiere hecho con conocimiento de ella”*.

Cabe destacar que el artículo 4 del Código Procesal Penal, establece el principio de aplicación general de la **presunción de inocencia**, en virtud del cual *“ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”*. Esta presunción es uno de los elementos del **“proceso racional y justo”** que asegura a todas las personas nuestra Constitución Política de la República.

En la especie, tal como se ha señalado, el H. Tribunal, al aprobar el acta de conciliación, en virtud de la cual uno de los supuestos partícipes de la colusión admite haber participado de la misma, en el hecho ha incurrido en un prejuizgamiento de la participación de los otros *litisconsortes*, que no conciliaron, en los hechos infraccionales, toda vez que no resulta posible jurídicamente una colusión o cartel de un miembro.

³⁷ N°8 del artículo 195 del Código Orgánico de Tribunales.

³⁸ N°10 del artículo 196 del Código Orgánico de Tribunales.

El problema indicado precedentemente, además de ser contrario a la presunción de inocencia que ampara a nuestra representada e importar un prejuzgamiento de parte del H. Tribunal, se produce por intentar forzar la “conciliación” (voluntad declarada), para, en el hecho, aplicar realmente una “delación compensada” (voluntad real), ya que esta segunda institución implica que la calificación de la conducta del delator y la exención o disminución de su responsabilidad, sólo se produce al dictarse la sentencia definitiva o, si se quiere, en la sentencia definitiva. Es decir, en un mismo acto procesal, junto con la calificación y sanción de los otros supuestos miembros del cartel, con lo que no se produce infracción a la presunción de inocencia, ni existe prejuzgamiento por parte de los sentenciadores.

Por el contrario, en el caso en análisis, el problema se produce – precisamente-, porque lo que se pactó entre las partes de la FNE y FASA, es una **“delación compensada”** y no una **“conciliación”**. Recordemos la máxima **“las cosas son lo que son en su esencia y no el nombre que le dan las partes”**.

A.6.- LO “ACORDADO” POR LA FNE EXCEDE EL MARCO DE SU COMPETENCIA.

Por cierto, al señor Fiscal Nacional Económico y a la FNE, les resultan plenamente aplicables el principio de legalidad contenido en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República. Más aún, el artículo 2 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante **“LBGAE”**), dispone expresamente que *“los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico”*.

Basta la simple lectura del artículo 39 del DL 211, para constatar que el Legislador –a la fecha del acuerdo conciliatorio en cita-, expresamente no le ha conferido al señor Fiscal Nacional Económico ni a la FNE, la facultad de celebrar acuerdos en que se renuncie a investigar, a requerir, a personas no determinadas.

Así las cosas, y más allá de la apariencia que se le dé al acto, resulta evidente que el señor Fiscal Nacional Económico, al concurrir con su firma a un “acuerdo de conciliación”, ha actuado fuera del ámbito de sus facultades, siendo nula de derecho público su actuación, en conformidad a lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política de la República.

Sobre esta materia, García de Enterría y Fernández, han consignado que *“las administraciones públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, **siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción** y tengan por objeto satisfacer el interés público que tiene encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que cada caso prevea la disposición que lo regule”*.³⁹

En el particular, la doctrina especializada ha hablado del “fenómeno de las vías de hecho”, las que se pueden verificar *“por una parte cuando la actividad ejecutoria administrativa no se legitima en un acto administrativo previo, al no haberse dictado o al haber dejado de existir (por haberse anulado o revocado); o, igualmente si el acto incurre en tal grave defecto que carece de toda fuerza legitimadora o, si, existiendo acto la ejecución material no guarda conexión con su supuesto de*

³⁹ García de Enterría y Fernández, ob.cit., página 685.

*hecho o es desproporcionada con los fines que se propone*⁴⁰.

En el caso que nos ocupa, claramente estamos en presencia de una “**vía de hecho**” y, por lo mismo, la actuación del órgano administrativo es nula de derecho público, por violar los citados artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, 2 de la LBGAE y 39 del DL 211.

B.- LA CONCILIACIÓN ESTABLECE UN GRUPO DE PRIVILEGIADOS FRENTE A LA LIBRE COMPETENCIA, RESPECTO DE LOS CUÁLES NO SE INVESTIGA NI SE REQUIERE Y LA RESOLUCIÓN DEL H. TRIBUNAL QUE APRUEBA LA CONCILIACIÓN, ADOLECE DEL VICIO DE INCOMPETENCIA.

Como se ha venido señalando, la “**conciliación**” de autos no sólo beneficia a una de las partes, sino también a un indeterminado pero significativo número de terceros extraños al presente litigio, constituido por trabajadores, gerentes o directores de FASA, que tengan tal calidad actualmente o que la hayan tenido durante la época de los hechos objeto de esta litis, respecto de los cuales la FNE, en forma ilegal, ha renunciado a ejercer su potestad/obligación de investigar y perseguir las conductas contrarias a la libre competencia.

Por su parte, este H. Tribunal, también ha incurrido en una ilegalidad, al extender el ámbito de una “**conciliación**” a personas que no son parte del juicio y, por lo mismo, que se encuentran fuera del ámbito de la competencia específica del Tribunal y exceden, por lo mismo, su competencia. En otras palabras, la sentencia resolución que aprueba la mentada conciliación, adolece del vicio de incompetencia, al extender sus efectos a materias que no son parte de la competencia específica de este H. Tribunal en este juicio.

Establecido lo anterior, es importante destacar que la **discriminación arbitraria**, que se hace a favor de este grupo indeterminado de

⁴⁰ García de Enterría y Fernández, ob.cit., página 23.

“trabajadores, gerentes y dirigentes de FASA” es inadmisibles en nuestro Estado de Derecho, toda vez que viola la garantía constitucional del artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República, al establecer un **“grupo privilegiado”**, es decir, de todos los terceros extraños al presente litigio que se encuentran en la misma condición, que son trabajadores, gerentes o directores de las 3 requeridas, hay unos privilegiados –los de FASA-, respecto de los cuales la FNE ha renunciado, **anticipadamente**, a ejercer respecto de ellos su potestad/obligación de investigar y perseguir las conductas contrarias a la Libre Competencia.

Vale decir, esta renuncia importa -en el hecho- que se dará un tratamiento distinto a un grupo de personas que se encuentran en una misma “categoría” y que no fueron parte de la conciliación.

Pero aún hay más. La actuación procesal del H. Tribunal infringe el inciso 2° del citado N° 2 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, toda vez que es el H. Tribunal, en su calidad de **“autoridad”**, quien en definitiva está estableciendo una diferencia arbitraria a favor de los trabajadores y personeros de FASA, quienes como hemos reiterado son terceros extraños al presente litigio.

C.- LA RESOLUCIÓN QUE APRUEBA LA CONCILIACIÓN AFECTA EL DERECHO DE TERCEROS A SOLICITAR UNA INDEMNIZACIÓN POR INFRACCIÓN A LAS NORMAS DE LA LIBRE COMPETENCIA.

Finalmente, pero no menos trascendente, acontece que la **“conciliación”**, en los términos en que quedó establecida, afecta gravemente el derecho de terceros a demandar la indemnización de perjuicios por las conductas anticoncurrenciales de Fasa.

En primer término y siendo la conciliación un equivalente jurisdiccional, tiene el efecto de cosa juzgada, es decir, si cualquier

particular quisiera perseguir el ilícito contrario a la libre competencia, 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 contrario a la libre competencia, “confesado” por FASA, se estrellará con la regla dispuesta por el artículo 30 del DL 211, que 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. Si bien y en conformidad a lo establecido por el artículo 267 del Código de Procedimiento Civil, la **“conciliación”** se **“estimaré como una sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales”**, cabe preguntarse si el texto de la **“conciliación”** permite o no a un particular conectar causalmente los perjuicios sufridos con una persona determinada –en este caso FASA—, a fin de poder demandarla de dichos perjuicios.

La respuesta a esta pregunta es lisa y llanamente que **no**, toda vez que la sentencia resolución de este H. Tribunal se limitó a aprobar la conciliación alcanzada por el señor Fiscal Nacional Económico y FASA, según consta en la resolución recurrida. Con mayor rigor, de la revisión del texto del **“Acuerdo de Conciliación”**, de fecha 13 de Marzo de 2009, es fácil constatar que él no contiene la más mínima precisión para conectar causalmente los perjuicios con un ilícito contrario a la Libre Competencia. Lo cierto es que FASA no reconoce ser ella responsable de un ilícito contrario a la Libre Competencia, elemento esencial para que pueda prosperar una indemnización de perjuicios, sino que lo imputa a ciertos ejecutivos de esa compañía –mismos respecto de los cuales indeterminadamente se renuncia a perseguir conductas contrarias a la libre competencia vía el acuerdo conciliatorio-, que no se identifican y a algunos laboratorios, que tampoco se identifican.

Pero, aún más grave, es que el texto de la conciliación aprobada, es de una vaguedad jurídica inaceptable, pese a las supuestas declaraciones y precisiones que se dice contiene. 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.

A mayor abundamiento, resulta que el indicado acuerdo de conciliación tampoco **explicita, 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, la resolución de autos, al aprobar pura y simplemente el *acuerdo de conciliación*, ha infringido los términos del artículo 22 del DL 211, pues no se establece la conducta antijurídica de FASA, los hechos que la configurarían y la calificación del H. Tribunal respecto de lo anterior, **es decir, no cumple las exigencias mínimas del artículo 30 del DL 211**, razón por la cual, indudablemente, perjudicará el derecho de los particulares para exigir judicialmente las indemnizaciones de perjuicios que pudieren corresponder.

De este modo, estimamos que la resolución que aprueba el acuerdo de conciliación en comento, 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 eventualmente 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 1°.*".⁴¹

Esta situación se confirma con el texto del artículo 32 del DL 211: "*fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo Tribunal.*" La doctrina más autorizada sobre la materia de daños extracontractuales, en este tópico, señala que para determinar los efectos civiles de la sentencia condenatoria en materia de libre competencia, "**ese tribunal especializado debe dar por establecidos los supuestos técnicos de la construcción de los ilícitos contra el orden competitivo del mercado.**"⁴²

Ahora bien, se debe precisar que reviste de suma importancia, para los efectos de los daños indemnizables, determinar si el H. Tribunal ha calificado el factor de imputación, esto es, el dolo o la culpa, de un determinado agente económico, pues este elemento, de acuerdo al artículo 30 del DL 211, no puede sufrir alteración alguna.⁴³ Como detalla un autor nacional: **el ejercicio de las sanciones**

⁴¹ 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

⁴² Enrique Barros Bourie, "Tratado de Responsabilidad Extracontractual", Editorial Jurídica de Chile, página 1047

⁴³ Cristián Banfi, "Notas sobre el factor de atribución de la responsabilidad civil derivada de conductas contrarias a la libre y leal competencia", en "Estudios de Derecho Civil II", Santiago, Lexis Nexis, 2006, página 442

indemnizatorias cierra el círculo de la protección de la libre competencia, es decir, **“SE INDEMNIZA TAMBIÉN PARA PREVENIR QUE SE ATENTE EN CONTRA DE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL FUTURO, PARA PROTEGERLA Y, ADEMÁS, PARA CASTIGAR AL INFRACTOR”**.⁴⁴

De este modo, al no precisarse las exigencias del artículo 30 del DL 211 en el acuerdo de conciliación repudiado, **resulta dudosa, sino imposible, la posibilidad de “cerrar el círculo de la protección de la libre competencia”**, por lo que la resolución recurrida que aprueba el acuerdo de conciliación, **infringe este bien jurídico, tan caro para la sociedad.**

D.- EL “ACUERDO DE CONCILIACIÓN” ES UNA “DELACIÓN COMPENSADA”, INSTITUCIÓN NO PREVISTA EN LA LEGISLACIÓN DE LIBRE COMPETENCIA.

Basta la sola lectura del **“acuerdo de conciliación”** aprobado, para constatar que bajo la apariencia de una “conciliación” extrajudicial (inexistente por lo demás en nuestro ordenamiento jurídico), lo que se ha pactado entre la FNE y FASA es una verdadera **“delación compensada”**, en que FASA reconoce indirectamente su supuesta participación, en un también supuesto acuerdo colusorio, para alzar coordinadamente precios. Para tal efecto, acompaña **“antecedentes serios de la existencia de tales hechos”** y **“se compromete a colaborar en lo sucesivo con la FNE para seguir aportando todos los antecedentes relevantes que puedan estar en su poder y que ayuden al esclarecimiento de los hechos”**.

Como contrapartida, la FNE premia a FASA disminuyendo la multa solicitada, desde las 20.000 UTA demandadas, a la suma de 1.350 UTA y lo que es más anómalo, admite que el delator salga del juicio, al **“dejar sin efecto y renunciar a las peticiones formuladas en su**

⁴⁴ Fernando Araya Jasma, “Daño anticompetitivo y daño indemnizable: un ensayo de confrontación”, en “Revista Chilena de Derecho Privado”, N° 4, página 19

requerimiento en relación con Fasa”.

Es del caso señalar, que es un hecho público y notorio, que la institución de la delación compensada no se encuentra establecida ni reconocida en nuestra legislación de libre competencia, al punto que está siendo actualmente tramitado el proyecto de Ley que la establece ante el Honorable Congreso Nacional, en tercer trámite constitucional.

Por lo mismo, resulta inexplicable que la FNE, que ha sido la principal promotora de este proyecto de ley, haya sostenido la necesidad de que se le entregue legalmente este instrumento de detección y represión de carteles y, paralelamente, en forma solapada, en los hechos dé aplicación a una delación compensada, vistiéndola con ropas de otras instituciones, como la conciliación. En otras palabras, al utilizar un mecanismo de delación compensada, está contradiciendo sus actuaciones anteriores, en las que ha instado al establecimiento legal de esta herramienta.

Inclusive más, la delación compensada que se pretende utilizar en estos autos por la FNE, ni siquiera cumple con los requisitos que contempla el Proyecto de Ley en su articulado. En efecto, el artículo 39 bis propuesto, deja de manifiesto que la delación debe producirse **ANTES** de la interposición del requerimiento. Así fluye del citado artículo, que dispone **“para acceder a uno de estos beneficios, el ejecutor de la conducta deberá cumplir los siguientes requisitos: 1.- proporcionar los antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal”**. Agrega el número 2.- del mismo artículo 39 bis, la obligación del delator de abstenerse de divulgar la solicitud de los beneficios **“hasta que la Fiscalía haya formulado el requerimiento...”**. Lo anterior se ve refrendado por el inciso penúltimo del artículo en comento, que

dispone que **“en su requerimiento el Fiscal individualizará a cada ejecutor de la conducta que cumplió los requisitos para acceder al beneficio de exención o reducción de la multa”**.

En el caso de autos, la delación no se produce antes del requerimiento, sino que con motivo del requerimiento y después de éste, razón por la cual, la información que supuestamente FASA acompañaría, no le pudo haber permitido a la FNE fundar su requerimiento, sino que le permitirá, *ex post*, obtener prueba para apoyar el requerimiento ya presentado.

En otras palabras, FASA negocia en un valor determinado su **su supuesta y desconocida prueba** y la FNE accede a ello, en una suerte de compensación o, como se denominó más tarde, en el equivalente a una multa, que en todo caso sería ilegal de acuerdo a la normativa en discusión, sumada a la impunidad de sus directores, gerentes, ejecutivos, etc.

Como quiera que sea, una cuestión relevante en este tópico, es que el **“acuerdo de conciliación”** incumple también la normativa contenida en el proyecto de Ley, en lo que dice relación con el monto de la rebaja, ya que el citado artículo 39 bis dispone expresamente que ***“en todo caso, la rebaja de la multa que solicite el Fiscal en su requerimiento, no podrá ser superior al 50% de la mayor multa solicitada para los demás ejecutores de la conducta que no pueden acogerse a los beneficios de este artículo”***. En otras palabras, la rebaja de multa pactada por la FNE, no podría ser inferior a 10.000 UTA, cifra muy distinta a las 1.350 UTA que acordaron las partes.

Por otro lado, el legislador exige en el citado inciso penúltimo del artículo 39 bis, que este H. Tribunal, previo a dar lugar a la exención o reducción de la multa, **debe dar por acreditada la conducta**. En la especie, basta la sola lectura de la resolución de autos, en la cual se

materializa esta *sui generis* delación compensada, para constatar que este H. Tribunal no dio por acreditada la conducta de FASA, sino que se limitó a aprobar, sin modificaciones, las ambiguas declaraciones de la privilegiada con esta actuación.

Finalmente, cabe destacar que la institución de la delación compensada es el equivalente a una atenuante en el derecho penal, vale decir, el delator debe ser parte pasiva del proceso y sólo en la sentencia definitiva se debe **atenuar** su responsabilidad como consecuencia de su “**colaboración**”. Vale decir, es sólo en la sentencia definitiva cuando se materializan los efectos de la delación compensada. En otras palabras, el delator no puede ser excluido del juicio y de la sentencia definitiva.

En conclusión H. Tribunal, si se encontrara aprobada la legislación que tanto ha promovido la FNE, ésta **no podría haber llegado** al acuerdo acompañado a estos autos.

E.- PERJUICIO PROCESAL A CRUZ VERDE Y AFECTACIÓN A LA LIBRE COMPETENCIA.

La llamada conciliación, que como hemos dicho no es más que un disfraz para una delación compensada *sui generis*, causa un evidente perjuicio a nuestra representada, vulnerándose el debido proceso constitucional, desde el momento que la requerida FASA no solo deja de ser requerida en autos, sino que, además, muta o se transforma en un tercero coadyuvante, como colaborador de la parte requirente, transformándose en “aportante de prueba de cargo”.

Como sabemos, el artículo 29 del DL 211 establece que supletoriamente rigen las normas de los libros I y II del Código de Procedimiento Civil, y, en ellas, ninguna norma faculta tan inverosímil posibilidad procesal.

Es pertinente preguntarse, si esta denominada decisión colaborativa de FASA para con la FNE no pudo ser más bien una estrategia comercial para “salirse” del presente juicio y afectar el prestigio y patrimonio de sus competidores, quienes defendiendo su convicción de inocencia, no estuvieron ni están dispuestos a tal proceder. Por ello y mientras no se aclare todo lo concerniente a este proceso y como corresponde legalmente, no resulta posible jurídicamente y menos justo, que se apruebe esta llamada conciliación que no es tal y que causa un evidente perjuicio a nuestra representada, no sólo procesal sino que también en su posicionamiento en el mercado y en su opción de competir..

Por las razones expuestas precedentemente, si la intención de Fasa y la FNE fue celebrar una solapada delación compensada, transacción o conciliación parcial en el presente litigio, esta parte rechaza vehementemente esta pretensión, tanto en su legalidad, cuanto en su legitimidad.

POR TANTO,

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA SOLICITAMOS se sirva tener por interpuesto fundado recurso de reclamación en contra de la resolución del H. Tribunal de fecha 13 de abril de 2009, notificada por cédula el mismo día a esta parte, para que este H. Tribunal conceda el recurso para ante la Excelentísima Corte Suprema, y este tribunal superior, previa vista de la causa, deje sin efecto la resolución reclamada y en su lugar, rechace íntegramente la llamada conciliación, con costas.

OTROSÍ: AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA SOLICITAMOS se tenga por acompañado CD Rom que contiene la versión electrónica de la presente reclamación.