

Santiago, treinta y uno de agosto de dos mil nueve.

Vistos:

En estos antecedentes rol N° 3344-2009 se trajeron los autos en relación para conocer de las reclamaciones interpuestas contra la resolución de trece de abril del año en curso, dictada a fojas 706 de estas compulsas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en procedimiento contencioso iniciado por requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) en contra de las tres principales cadenas de farmacias del país: Farmacias Ahumada S.A., Farmacias Cruz Verde S.A. y Farmacias Salcobrand S.A.

Dicha sentencia aprobó la conciliación alcanzada por el Fiscal Nacional Económico y una de las requeridas, Farmacias Ahumada S.A. (FASA), en los términos contenidos en las actas de las audiencias de conciliación celebradas los días 1 y 9 de abril del año en curso.

Las reclamaciones fueron interpuestas por Farmacias Cruz Verde y don Jaime Mulet Martínez, diputado, a quien el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia admitió en calidad de tercero coadyuvante de la parte requirente. En ambas reclamaciones se solicita se rechace íntegramente el referido acuerdo conciliatorio.

El procedimiento, como se indicó, se inició por requerimiento presentado por el Fiscal Nacional Económico,

don Enrique Vergara Vial, en contra de las tres cadenas de farmacias antes indicadas con el fin de que se declarare, y sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que se estimaren del caso, lo siguiente:

- a) Que las requeridas acordaron fijar al alza el precio de venta de medicamentos que comercializan, impidiendo, restringiendo y entorpeciendo la competencia en los términos previstos en el artículo 3° del DL N°211;
- b) Que en atención al beneficio obtenido con la infracción, la gravedad de la misma y la calidad de reincidente de las infractoras, se condene a cada una de las requeridas al pago de una multa a beneficio fiscal equivalente a 20.000 Unidades Tributarias Anuales o el monto que el Tribunal estime en justicia;
- c) Que se ordene, a cada una de las requeridas, poner término inmediato al acuerdo constitutivo de infracción, así como a todo contrato o convención que implique transacciones comerciales entre sí o con personas relacionadas a ellas. En especial, que se ordene a Farmacias Salcobrand S.A. poner término inmediato al convenio que actualmente la vincula con Socofar S.A. para el aprovisionamiento de medicamentos genéricos;

d) Que se ordene, a cada una de las requeridas, abstenerse de contar entre sus ejecutivos con personas que tengan alguna injerencia en la propiedad o administración de las otras requeridas o sus personas relacionadas, debiendo imponer a quienes actualmente tengan tal injerencia, su inmediata y absoluta desvinculación de aquellas empresas, bajo responsabilidad de la respectiva requerida.

Tanto Farmacias Salcobrand S.A. como Farmacias Cruz Verde S.A. contestaron el requerimiento los días 6 y 20 de marzo del presente año respectivamente.

Con fecha 25 de marzo último, a solicitud del Fiscal Nacional Económico y de Farmacias Ahumada S.A., el Tribunal llamó a todas las partes a una audiencia de conciliación. El día 1 de abril siguiente se lleva a efecto una primera audiencia con dicho objeto. En ella, el Fiscal Nacional Económico y Farmacias Ahumada S.A. señalan su interés en conciliar en los mismos términos expresados en un documento suscrito por ambas partes al que denominaron "Acuerdo de Conciliación". Por su parte, las otras dos requeridas, Farmacias Cruz Verde S.A. como Farmacias Salcobrand S.A. manifestaron no tener interés en conciliar con la Fiscalía Nacional Económica.

El contenido de este Acuerdo de conciliación, datado el 13 de marzo de 2009, que fuera presentado por la requirente, la Fiscalía Nacional Económica y una de las requeridas, Farmacias Ahumada S.A., es el siguiente:

Primero: FASA se ha acercado voluntariamente a la FNE y le informó que, con posterioridad a la presentación del requerimiento de autos, y en el marco de la preparación de su contestación, constató ciertos hechos, que después de una investigación más profunda, permiten a FASA concluir lo siguiente:

- 1) Que la industria de las farmacias se caracterizó por una intensa guerra de precios que comenzó el año 2005 y duró por casi tres años y que llevó a FASA a reducir los precios de un conjunto de medicamentos de manera tal que, en varios casos, no alcanzaba a resarcirse siquiera de los costos directos de adquisición de los mismos, situación de mercado que presumiblemente afectaba también a sus competidores Salcobrand S.A. y Cruz Verde S.A.
- 2) Que en ese contexto, en noviembre del año 2007, algunos ejecutivos de FASA mantuvieron contactos personales con ejecutivos de algunos laboratorios con el objeto de reducir los costos de compra, a fin de hacer frente a la situación antes descrita, conversaciones en las cuales algunos de tales

ejecutivos de laboratorios transmitieron a los ejecutivos de FASA la proposición de alzar coordinadamente los precios de las tres compañías (FASA, Salcobrand y Cruz Verde) para un grupo determinado de medicamentos, como solución a esa situación de mercado.

- 3) Que en el marco de dichos contactos, esos ejecutivos de FASA recibieron y en algunos casos elaboraron información -incluyendo listas de precios de medicamentos- y aceptaron participar en un mecanismo de alza de precios coordinado con su competencia.
- 4) Que con la implementación de este mecanismo, se logró, en un corto plazo, que los precios de los medicamentos objeto del mismo subieran a un valor casi idéntico en los locales de Salcobrand, Cruz Verde y FASA.
- 5) Que este mecanismo de alza de precios fue aplicado por FASA, Salcobrand y Cruz Verde desde el mes de noviembre de 2007 hasta el mes de marzo de 2008.

Luego, se indica que FASA declara lo siguiente:

- 1) Que ni la Vicepresidencia Ejecutiva, ni su Directorio tuvieron jamás conocimiento de tales hechos, ni menos los consintieron o instruyeron; más aún al tomar conocimiento de estos hechos con

posterioridad al requerimiento de autos, se decidió ponerlos en conocimiento de la FNE.

- 2) Que FASA decidió cooperar con la FNE, habiéndole aportado, de manera espontánea, antecedentes serios acerca de la existencia de tales hechos, especialmente en cuanto al mecanismo utilizado para alzar los precios de medicamentos.
- 3) Que FASA 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.
- 4) Que FASA hace constar expresamente que ha sido determinante para prestar su consentimiento al formular las declaraciones que anteceden, su voluntad de actuar de manera consistente con lo que ha sido su compromiso con la sociedad, el interés público y las mejores prácticas de responsabilidad social, además del compromiso con la propia empresa y sus accionistas, y que bajo este predicamento, actuando de buena fe y de manera transparente, en cuanto estos hechos llegaron a su conocimiento fueron puestos a disposición de la FNE, junto con aquellos antecedentes que puedan considerarse atinentes a la materia del requerimiento.

Segundo: FASA se obliga a pagar para beneficio social la cantidad de 1.350 Unidades Tributarias Anuales, en su equivalente en pesos al día del pago, al Fisco de Chile en su calidad de administrador de los fondos de la Nación.

Tercero: 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 las normas de libre competencia.

Cuarto: FASA se obliga a establecer la prohibición absoluta a sus ejecutivos de mantener propiedad o participación alguna, directa o indirecta, en las otras requeridas, así como en la administración de sus negocios, sea presente o futura.

Quinto: La FNE 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.

Finalmente, se consigna que los acuerdos que anteceden contienen prestaciones mutuas entre las partes, respecto de las cuales la FNE y FASA prestan su total y absoluto consentimiento, conformando así un acuerdo de conciliación que, una vez aprobado por el Tribunal de Defensa de la

Libre Competencia, de acuerdo al artículo 22 del DL N°211, pondrá término a este juicio respecto de FASA, con fuerza de sentencia definitiva.

Tal como se señaló, el día 9 de abril tuvo lugar una segunda audiencia a fin de continuar con el "procedimiento de conciliación" iniciado el 1 de de abril precedente. En esta nueva audiencia, se estampó que el Presidente del Tribunal consultó a la Fiscalía Nacional Económica y a FASA si aceptaban que el pago monetario a que se obligaba FASA era una multa a beneficio fiscal. El Fiscal Nacional Económico contestó que sí, mientras la abogada de FASA, doña Nicole Nehme respondió que es el espíritu de las partes que ese pago equivalga a una multa.

El Presidente del Tribunal, expresó "que entonces era una multa". Posteriormente, requirió a FASA "si reconocía haber participado en los hechos contenidos en el requerimiento". A lo anterior, la mencionada abogada respondió que reconocía los hechos objeto del requerimiento en los términos y forma descritos en la cláusula primera del acuerdo de conciliación.

La resolución impugnada hizo presente, en primer término, que el artículo 22 del DL N°211 acepta expresamente la conciliación como equivalente jurisdiccional de una sentencia definitiva, correspondiendo a dicha magistratura darle su aprobación siempre que no

atente contra la libre competencia. Destaca, asimismo, que una conciliación puede afectar a todas o a algunas de las partes, así tratándose de conciliaciones parciales, el juicio terminará entre quienes la celebren y continuará, en cambio, respecto de las partes que no hubieren intervenido en ella.

Una vez establecida la procedencia de la conciliación, como la posibilidad que ésta afecte a una de las requeridas, el Tribunal se avocó a analizar si el acuerdo es o no contrario a la libre competencia conforme lo prescribe el citado artículo 22 en su inciso primero.

A este respecto, la resolución deja establecido que Farmacias Ahumada S.A. reconoció haber participado en los hechos materia del requerimiento de autos en los términos indicados en la conciliación; que dicha empresa aceptó expresamente que el pago monetario de 1.350 UTA, al que queda obligada, es equivalente a una multa y por ende implica reconocimiento de responsabilidad por los hechos confesados; y que además, se ha obligado a aportar antecedentes que contribuyan a establecer la eventual participación de las restantes requeridas en los hechos motivo del requerimiento, antecedentes que serán ponderados, conforme a su mérito, en definitiva por ese Tribunal.

Luego, en el fundamento quinto, se precisa que la suma de dichos elementos, como son el aporte de antecedentes probatorios, la aceptación del pago de una suma de dinero equivalente a una multa, esto es, con un sentido punitivo, consecuencia del reconocimiento de hechos jurídicamente reprochables en esta sede y que son materia del requerimiento de autos y la existencia de comportamientos procompetitivos adquiridos por FASA, no sólo no contravienen la libre competencia sino que, además, podrían -al facilitar medios para llegar a la verdad procesal- contribuir a establecer los hechos que permitirán a ese Tribunal determinar, en definitiva, la existencia o no del acuerdo colusorio y la eventual participación en el mismo de las restantes requeridas.

Sobre la base de estas consideraciones, el Tribunal resuelve aprobar la conciliación alcanzada por el Fiscal Nacional Económico y la requerida, Farmacias Ahumada S.A.

Como se dijo previamente, dicha resolución fue objeto de recursos de reclamación por parte de Farmacias Cruz Verde S.A. y del tercero coadyuvante de la parte requirente, don Jaime Mulet Martínez.

Mediante su reclamación de fojas 733, Farmacias Cruz Verde S.A. sostiene que al aprobarse la "denominada conciliación" -así la califica- se han infringido una serie de normas y principios jurídicos de la normativa procesal

civil y constitucional, y se daña también el bien jurídico protegido por el propio DL N°211, cual es la libre competencia.

Un primer grupo de reproches a la conciliación se hace consistir en que ella no provino de la iniciativa del juez ni propuso éste bases de arreglo; que se hicieron concesiones ajenas al asunto sometido al conocimiento del Tribunal; que el acuerdo entre la Fiscalía Nacional Económica y FASA constituiría una "delación compensada"; que la conciliación adolecería de objeto ilícito por afectar derechos indisponibles; que el pago al que se obligó FASA, aprobado por el Tribunal como "equivalente a una multa" conlleva la renuncia al ejercicio de su potestad punitiva.

Un segundo capítulo del recurso se hace descansar en que la actuación de la Fiscalía Nacional Económica en este caso contiene una renuncia de sus potestades públicas que le fueron conferidas para la investigación y represión de las infracciones a la libre competencia.

En un tercer acápite, se alega que la resolución cuestionada obsta a un justo y racional proceso para las otras partes. Expresa que la aprobación de un acuerdo conciliatorio parcial importa prejuzgamiento en los casos de litis consorcio pasivo necesario -como ocurre con la colusión, la que requiere el concierto de dos o más agentes

para su configuración- afectándose el derecho de defensa de las otras partes; como también se afecta el derecho de terceros a obtener la indemnización de perjuicios prevista en el artículo 30 del DL N°211.

A su vez, la reclamación del tercero coadyuvante, don Jaime Mulet Martínez, se funda en la falta de atribuciones y de competencia del Fiscal Nacional Económico para arribar a una conciliación, toda vez que éste representa el interés colectivo en el orden económico.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que los recursos de reclamación deducidos contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que aprobó la conciliación acordada por el Fiscal Nacional Económico y la requerida, Farmacias Ahumada S.A., pretenden, en síntesis, que continúe la tramitación íntegra del requerimiento interpuesto respecto de esta última hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva, la que deberá resolver si las empresas denunciadas ejecutaron actos o celebraron acuerdos con el objeto de fijar al alza los precios de venta a público de determinados productos farmacéuticos, impidiendo, restringiendo o entorpeciendo la libre competencia, incurriendo en el ilícito previsto en el artículo 3° del DL N°211;

SEGUNDO: Que el primer aspecto que cabe dejar asentado es que el inciso primero del artículo 22 del DL N°211 establece expresamente la institución de la conciliación como alternativa de resolución de los conflictos que deben ser conocidos en materia de libre competencia. Se otorga al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la facultad de llamar a las partes a conciliación, se hubiere o no evacuado el traslado al requerimiento o demanda con que se dio inicio al procedimiento, según lo prescribe el artículo 20 del mismo texto legal;

TERCERO: Que como no resulta un asunto controvertido que la materia de libre competencia es de orden público, el marco regulatorio de la conciliación contempla una función de control de parte del Tribunal, que deberá velar por que el acuerdo conciliatorio no transgreda el bien jurídico que se encuentra obligado a tutelar. Señala el citado artículo 22, en lo pertinente: "Acordada una conciliación, el Tribunal se pronunciará sobre ella dándole su aprobación, siempre que no atente contra la libre competencia". Es decir, se trata de una potestad de control delimitada, destinada a precaver que dicho mecanismo autocompositivo alcanzado por los litigantes no atente contra la libre competencia;

CUARTO: Que en lo concerniente a los argumentos contenidos en la reclamación de Farmacias Cruz Verde S.A.

impugnando el cumplimiento de los requisitos legales por parte de la conciliación suscrita entre la Fiscalía Nacional Económica y Farmacias Ahumada S.A., de la revisión de las actuaciones procesales que constan en autos es posible advertir que dicho acuerdo conciliatorio reúne los presupuestos de validez necesarios para su plena eficacia.

En efecto, el Tribunal de Defensa de la Libre competencia llamó a conciliación a todas las partes del proceso en los términos que prevé el artículo 22 del DL N°211, una vez terminada la etapa de discusión. El acuerdo de conciliación tuvo como base el documento que habían presentado la FNE y FASA, cuyo contenido fue examinado por el Tribunal, resolviendo que "no sólo no contraviene la libre competencia", sino que contempla además "compromisos de comportamientos procompetitivos adquiridos por FASA".

A su vez, la circunstancia que la conciliación sea parcial es una hipótesis aceptada por el legislador. Ello queda demostrado del propio texto del artículo 22 al referirse a la procedencia del recurso de reclamación contra la sentencia que apruebe una conciliación, el cual "podrá deducirse por personas admitidas a litigar que no hubieren sido parte en ella". Es decir, la conciliación a que se arribe en esta clase de procedimientos puede incluir sólo a algunas de las partes del juicio, continuando éste

con las que no hubieren concurrido al acuerdo conciliatorio;

QUINTO: Que tampoco resultan atendibles los reproches que la reclamante Farmacias Cruz Verde le atribuye a la aludida conciliación en el sentido de que se hicieron concesiones fuera del límite de lo debatido en autos o que tendría las características de una "delación compensada", pues lo relevante es que el asunto objeto del pleito y que motivó la interposición del requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica fue abordado y resuelto en la convención celebrada, especialmente si se tiene en consideración que las obligaciones asumidas por FASA tienen como finalidad evitar en el futuro las conductas descritas por la Fiscalía Nacional Económica en su requerimiento. Por tanto se cumplen en la especie, todos los requisitos exigidos a este mecanismo de solución de conflictos en materia de libre competencia conforme a su marco regulatorio;

SEXTO: Que mención aparte merece la pretendida indisponibilidad del bien jurídico en discusión. Cabe consignar, desde luego, que es la propia ley la que permite conciliar respecto de conductas que pueden ser atentatorias contra la libre competencia, de manera que queda desmentida la afirmación de carácter absoluto que por tratarse de derechos o bienes de orden público no son susceptibles de ser conciliados.

Acorde con ese predicamento, en el ámbito del Derecho Penal, a cargo de la protección de los bienes jurídicos más preciados, se permiten acuerdos reparatorios como la suspensión condicional del procedimiento, modalidad de autocomposición, con intervención del juez de garantía, que puede incluso ser parcial. El artículo 244 del Código Procesal Penal dispone que "Si en la causa existiere pluralidad de imputados o víctimas, el procedimiento continuará respecto de quienes no hubieren concurrido al acuerdo". De esta manera, cuando son las propias normativas de orden público las que autorizan tales soluciones, lo han hecho porque estiman que sus fines se pueden alcanzar a través de mecanismos de autocomposición. En el área de la libre competencia, el legislador optó por permitirlos a través de la conciliación, sometida al control jurisdiccional que cautelará que no se contraríe la libre competencia;

SEPTIMO: Que está fuera de toda discusión que una multa, tratándose de una sanción, sólo puede ser impuesta por el órgano jurisdiccional luego de un proceso previo legalmente tramitado. Es por ello que la contraprestación pecuniaria a que se obligó FASA no puede tener tal carácter, por lo que las partes la consideraron como "equivalente a una multa", lo que satisfizo la pretensión punitiva a la que aspiraba el requerimiento.

A este respecto, cabe destacar que una conciliación surge del acuerdo directo de las partes, quienes fijan sus términos y condiciones; luego, dentro de ese contexto, que se haya pactado un pago para beneficio social resulta absolutamente compatible con el instituto de la conciliación. En consecuencia, no hay un cercenamiento de la potestad jurisdiccional del Tribunal al aprobar una conciliación que contemple tal pago, porque en la especie no estaba llamado a ejercer potestad punitiva alguna;

OCTAVO: Que la aseveración referida a que la Fiscalía Nacional Económica habría renunciado a ejercer potestades públicas en la investigación de los atentados a la libre competencia y formular las correspondientes acusaciones que de ella deriven, en la cual se hace descansar tanto la reclamación del tercero coadyuvante, don Jaime Mulet Martínez como uno de los capítulos del recurso presentado por Farmacias Cruz Verde S.A., conduce al análisis de las facultades de dicho órgano público conforme al DL N°211. Para cumplir el mandato legal de resguardar la libre competencia, se ha dotado a esta institución de una serie de atribuciones y deberes que corresponderá ejercer de manera discrecional. Así se desprende del inciso 1° del artículo 39 de la ley, según el cual la Fiscalía Nacional Económica podrá defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho,

según sus propias apreciaciones. En otras palabras, se trata de potestades no regladas, lo que no implica arbitrariedad, pues las actuaciones del organismo deberán ser concordantes con el objetivo considerado por la normativa al otorgar tales atribuciones, esto es, la promoción y defensa de la libre competencia en los mercados.

Asimismo, de acuerdo a la letra b) del citado artículo 39, entre las atribuciones y deberes asignados a la Fiscalía Nacional Económica está la de "Actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en el orden económico, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y los tribunales de justicia, con todos los deberes y atribuciones que le corresponden en esa calidad". En la defensa de esos intereses generales de la colectividad vinculados a la libre competencia, la Fiscalía Nacional Económica -en su calidad de "parte procesal"- puede actuar, como ya se ha dicho, en la forma que estime arreglada a derecho y según sus propias apreciaciones.

Por consiguiente, si dentro del procedimiento contencioso se contempla la posibilidad de conciliar y la Fiscalía Nacional Económica, en el ejercicio de sus facultades, reconoce en la conciliación una herramienta eficaz para la correcta tutela de los intereses que la ley le ha encomendado proteger, no se divisa entonces un

ejercicio ilegal o arbitrario por parte de aquélla de tales facultades. Lo anterior, sin perjuicio del control de legalidad a que está sujeta por los tribunales de justicia.

En el caso que nos ocupa, el control de juridicidad consistirá en que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no podrá aprobar una conciliación cuando ésta atente contra la libre competencia;

NOVENO: Que del tenor de la conciliación convenida entre la Fiscalía Nacional Económica y FASA, se observa que ésta satisface plenamente las pretensiones de la primera en el ejercicio de su potestad pública: una de las requeridas reconoce su participación -estrictamente individual- en un mecanismo coordinado de alza de precios con su competencia, obtiene antecedentes para comprobar eventualmente un acuerdo colusorio; obtiene compromisos procompetitivos y la rectificación de conductas y el pago de una suma de dinero a beneficio social;

DECIMO: Que en lo tocante al reparo que se dirige a la resolución reclamada de vulnerar el debido proceso de aquellas partes que no participaron de la conciliación, se hace consistir en los efectos que la aprobación de un acuerdo conciliatorio parcial genera en los casos de existir un litis consorcio pasivo necesario, como sucede en un ilícito de colusión que supone necesariamente la concertación entre dos o más agentes.

Se sostiene por la reclamante, Farmacias Cruz Verde S.A., que se ha afectado su derecho de defensa, toda vez que la resolución del Tribunal que aprobó la conciliación importa un prejuzgamiento con respecto a su eventual responsabilidad en los hechos colusivos materia del requerimiento;

UNDECIMO: Que, sin embargo, tal planteamiento desconoce el rol que cumple el órgano jurisdiccional en una conciliación, donde la solución del litigio se logra por el acuerdo de voluntades de los litigantes sin que intervenga el juez en la generación del acuerdo, y si bien lo presencia para su posterior aceptación, no es quien impone la solución como juez del litigio, y por tanto, no conlleva la pérdida de la imparcialidad con que debe actuar.

Particularmente en la conciliación a que se refiere el DL N°211, al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sólo le corresponde comprobar que tal convención no atente contra la libre competencia. Es decir, se trata de un control destinado a velar porque no se afecte dicho bien jurídico, pero no resuelve un litigio ni se forma un criterio de la cuestión pendiente;

DUODECIMO: Que aun pudiendo esta Corte estimar que los términos utilizados en el motivo quinto de la resolución impugnada en cuanto consigna que la requerida FASA ha reconocido "hechos jurídicamente reprochables en esta

sede", no resultan adecuados ni son coincidentes con el reconocimiento que se hizo constar en el acuerdo conciliatorio, ello no es óbice para dejar asentado que el Tribunal cumplió el imperativo legal de aprobar la conciliación por no ser ésta contraria a la libre competencia, no prejuzgando respecto de los demás litis consortes puesto que no se ha emitido una resolución propiamente jurisdiccional sobre el fondo del asunto, criterio aquel que esta Corte comparte atendidas las particularidades específicas del acuerdo que es materia de autos.

Acudiendo nuevamente al proceso penal, está el caso del procedimiento abreviado -que permite un acuerdo negociado entre el Ministerio Público y el imputado para poner término al juicio penal- como ejemplo de compatibilidad de conciliación con uno de los litis consortes en situaciones de pluralidad de sujetos pasivos.

El artículo 406 del Código de Procesal Penal dispone que la existencia de varios acusados no impedirá la aplicación de las reglas del procedimiento abreviado a aquéllos respecto de los cuales concurren los presupuestos señalados en ese artículo;

DECIMO TERCERO: Que la responsabilidad infraccional de las requeridas que decidieron no avenir, deberá ser determinada por el Tribunal de Defensa de la Libre

Competencia en el procedimiento contencioso que continuará en contra de ellas, el que deberá asegurarles por mandato constitucional un juicio justo en base a las garantías procesales que prevé el ordenamiento jurídico;

DECIMO CUARTO: Que, finalmente, en relación a la afectación del derecho de terceros a obtener la indemnización de perjuicios prevista en el artículo 30 del DL N°211, precepto que agiliza el procedimiento para reclamar el efecto civil de las sentencias dictadas en esta sede, basta decir que, además de no tener la reclamante interés jurídico comprometido que pueda sustentar dicha alegación, los afectados por conductas contrarias a la libre competencia siempre podrán hacer uso de las normas generales con arreglo a las cuales quien haya sufrido un daño, ejerce las acciones indemnizatorias pertinentes.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 18 N° 1, 20 y 22 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley 211 de 1973, **SE RECHAZAN** los recursos de reclamación deducidos por Farmacias Cruz Verde S.A. y don Jaime Mulet Martínez, en contra de la resolución de fecha trece de abril último, escrita a fojas 706 de estas compulsas.

Se previene que el Ministro Sr. Brito concurre al rechazo de las reclamaciones no obstante estimar que en lo tocante a la multa, que ha de ser a beneficio fiscal y no social como se dice en la conciliación, no se hizo razonamiento alguno con los criterios de determinación del monto que establece el inciso tercero del artículo 26 del D.F.L. 211, primera parte. En efecto, en opinión del previniente esta es una cuestión distinta del estándar previsto para la aprobación de la conciliación que se vincula únicamente a la afectación de la libre competencia, siendo insuficiente a estos efectos el cumplimiento de esta exigencia. En la especie no se advierte que se hubieren aplicado los aludidos elementos orientadores sobre los que bien se pudo interactuar con las partes a los efectos de aceptar una multa distinta de la propuesta, porque en este aspecto, ciertamente, la decisión ha de estar controlada por el Tribunal. No obstante lo anterior la sanción que fuere aceptada, atendido que el beneficio económico aún no ha sido establecido y que la colaboración de la parte conciliante seguramente permitirá esclarecer suficientemente los hechos, resulta ser razonable.

Acordada con el voto en contra de la Ministro Sra. Araneda, sólo en la parte que decidió rechazar el recurso de reclamación de Farmacias Cruz Verde S.A., quien estuvo por acogerlo teniendo en consideración lo siguiente:

1º) Que para la Ministro que disiente resulta fundamental para la adecuada solución de la materia propuesta en la reclamación de Farmacias Cruz Verde S.A., esclarecer ciertos aspectos como pasa a señalarse;

2º) Que al decir de un autor los equivalentes jurisdiccionales "son actos procesales destinados a resolver ciertos conflictos de interés de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada" (Juan Colombo Campbell, Los Actos Procesales, Tomo II). Considera que para determinar la procedencia de tales equivalentes jurisdiccionales "se distingue por la ley entre conflictos de intereses de relevancia jurídica que versen sobre derechos disponibles por las partes y aquéllos que involucran el orden público o un derecho público comprometido. Sólo los primeros podrán solucionarse a través de los equivalentes jurisdiccionales. Todos los demás deberán emplear el proceso jurisdiccional como forma de solución".

En este orden de ideas, la conciliación es un equivalente jurisdiccional o procesal en cuanto evita la continuación del juicio. Y es una de sus principales

características que "sólo puede referirse a litigios en que sea procedente la autocomposición, o sea en aquéllos en que los derechos discutibles sean disponibles" (obra citada).

3º) Que debe determinarse la pertenencia de la aplicación de este equivalente jurisdiccional en el procedimiento antimonopólico contemplado en el DL N°211 y para ello, acudiendo a la historia fidedigna de la ley, cabe señalar que según consta en el informe de las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y Economía, Fomento y Desarrollo de la Cámara de Diputados, se escuchó la opinión de don Domingo Valdés Prieto, profesor de Derecho Económico, quien sostuvo que al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia con motivo de su competencia especial, le cabía dirimir conflictos que son siempre de orden público, razón por la que corresponde a la Fiscalía Nacional Económica llevar adelante las acusaciones. Por ello estimaba errado admitir la conciliación, institución que siempre implica la transacción de intereses privados.

El mencionado catedrático en su obra "Libre Competencia y Monopolio" (Editorial Jurídica, Edición Junio 2006) afirma que "las pretensiones antimonopólicas nunca miran exclusivamente el interés individual de las partes intervinientes..." y que "la libre competencia no es un bien

disponible y transigible por las partes en litigio" (obra citada, páginas 591 y 592);

4º) Que no está demás volver a recalcar que la Fiscalía Nacional Económica representa el interés general de la colectividad en el orden económico ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y los tribunales de justicia (artículo 39 letra b) del DL N°211 de 1973). Esto nos lleva al concepto de orden público económico que en opinión de la mayoría de los autores nacionales, está constituido por los principios y normas indispensables para la existencia y funcionamiento del Estado orientado a un ordenamiento adecuado y racional de las iniciativas y actividades en materia económica;

5º) Que cabe decidir entonces si las leyes sobre libre competencia forman parte de tal orden público económico para resolver en definitiva la procedencia de la conciliación, materia de la reclamación de fojas 733;

6º) Que resulta de claridad meridiana que las normas sobre libre competencia que se contienen en el citado DL N°211 reglan materias de orden público económico. Y en consecuencia, cabe pronunciarse a continuación sobre la pertinencia del acuerdo a que arribó la Fiscalía Nacional Económica con FASA;

7º) Que no se puede poner en duda que la actuación del Fiscal Nacional Económico al presentar el día 9 de

diciembre de 2008 el requerimiento por infracción al DL N°211 y solicitar las medidas ya explicitadas, ha sido guiada por el interés público comprometido en los hechos de que se trata, que la propia Fiscalía calificara como infracciones graves pues afectaban a la sociedad toda.

Por ello sólo cabe concluir que no podía admitirse un acuerdo conciliatorio en una investigación de colusión, la que habría incidido además en un mercado tan sensible como es el de la venta de medicamentos, lo cual deja en evidencia la indisponibilidad de los bienes jurídicos en discusión;

8°) Que como ha sostenido otro autor sobre la materia (Profesor José Luis Guerrero Becar, Gaceta Jurídica, Junio 2009) el derecho de la competencia no puede alejarse de principios jurídicos básicos como lo es el debido proceso y agrega que "para que un hecho se sancione debe estar probado, debe existir 'verdad procesal'".

Por último, señala que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia debe velar por el principio básico del debido proceso para no afectar el estado de derecho;

9°) Que en su requerimiento, el Fiscal Nacional Económico imputó a Farmacias Ahumada S.A., Farmacias Cruz Verde S.A. y Farmacias Salcobrand S.A. haber ejecutado hechos, celebrado actos y convenciones que tuvieron por objeto y efecto fijar al alza concertadamente el precio de

venta al público de productos farmacéuticos entre los meses de noviembre de 2007 y marzo de 2008. Es más, dicho requerimiento expresa determinadamente que "ha existido colusión" entre las cadenas de farmacias indicadas para llevar a cabo la finalidad antes precisada;

10º) Que, no obstante, la misma autoridad se presenta al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para que apruebe el acuerdo al que había arribado con una de las acusadas, Farmacias Ahumada S.A.;

11º) Que si bien esta última empresa se comprometió a allegar antecedentes, es lo cierto que al momento de dar su aprobación al avenimiento, el Tribunal no contaba con mayores datos como para dilucidar respecto de una de las denunciadas su presunta responsabilidad, tal como lo evidencia la redacción de la consideración quinta del fallo impugnado;

12º) Que atendida la naturaleza intrínseca del hecho denunciado -colusión- debe especificarse que etimológicamente colusión es definido por el diccionario de la Real Academia Española, como "pacto ilícito en daño de terceros" y al decir del Profesor Valdés Prieto, es un acuerdo "entre dos personas destinadas a perjudicar a un tercero". Añade que "arranca de la conducta de dos o más competidores que concertadamente, o en cierta concurrencia conductual producen el efecto de entorpecer, restringir o

eliminar la libre competencia al interior de un mercado relevante”;

13°) Que toda vez que la denuncia formulada por la Fiscalía Nacional Económica involucra a tres actores, cabe reflexionar si ha existido para Farmacias Cruz Verde S.A. y Farmacias Salcobrand S.A., un adecuado y debido proceso, antes de sostener que se está en presencia de “hechos jurídicamente reprochables” que condujeron en la resolución de trece de abril pasado a la aceptación del pago para una de las requeridas de una suma de dinero equivalente a una multa “esto es, con un sentido punitivo”.

De lo anterior, sólo se puede inferir que el Tribunal consideró que aquella acusada perpetró un hecho ilícito que por sus características necesariamente compromete e involucra a las otras dos cadenas de farmacias requeridas;

14°) Que este actuar del Tribunal infringe las normas de un debido proceso, puesto que debió, reunidas que fueren las pruebas necesarias, esclarecer debidamente los hechos, calificarlos y luego resolver la procedencia del avenimiento;

15°) Que al decir el artículo 22 que el Tribunal “podrá llamar a un avenimiento”, faculta a los jueces para posponer la decisión hasta tanto cuente con los elementos de juicio necesarios porque, como ya se dijo, la naturaleza de la infracción que la Fiscalía Nacional Económica

atribuyó a las requeridas, no permitía una resolución singular respecto de una de ellas.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Ministro Sra. Araneda y de la prevención, su autor.

Rol N°3344-2009.