



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



Competencia y Colusión en el **Mercado de los Fármacos**

MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS

Por

Pablo René Castro Asenjo.

Profesor guía: Enrique Aimone G.

Profesor informante: Pedro Arraztoa A.

Junio 2010

Valparaíso

I. Introducción.

En el mes de diciembre de 2008, la Fiscalía Nacional Económica deduce un requerimiento en contra de las tres grandes cadenas de farmacias existentes en Chile; Farmacias Ahumada, Salcobrand y Cruz Verde, por haber vulnerado a la libre competencia mediante conductas colusivas. En este proceso, el Fiscal Económico arribó a un acuerdo conciliatorio con Farmacias Ahumada (Fasa), por el cual esta reconoció el haber acordado el alza de precios junto a las otras requeridas, configurándose de esta forma el delito de colusión, establecido en el artículo 3 del Decreto Ley 211. Este acuerdo se suscribió fuera del proceso y para incorporarlo a este, el Fiscal y Fasa presentaron un escrito al tribunal solicitando que se llame a conciliación y acompañando en dicha presentación el acuerdo en cuestión, resultando aprobado dicho acuerdo por el tribunal.

Sin embargo, la validez de este acuerdo es muy discutida debido a la inexistencia de facultades explícitas del Fiscal Nacional Económico que le permiten arribar a una conciliación. Así mismo, es difícil concebir una conciliación en un proceso por colusión sólo respecto de una de las requeridas, más aún teniendo en cuenta que entre las requeridas existe un litis consorcio pasivo. ¿Es válido el acuerdo suscrito por la Fiscalía Nacional Económica y Fasa? A lo largo de este trabajo explicaré las razones por las cuales considero que no es válido este acuerdo, debido a que se ha vulnerado la libre competencia y se ha encubierto bajo la fórmula de conciliación a una confesión.

Es por esta razón que el primer capítulo se encuentra dedicado a analizar ciertos antecedentes generales, que sirven de base para entender el derecho de la libre competencia y sus elementos. Se iniciará este estudio de este derecho, definiendo y diferenciándola de la libre competencia. A continuación, se dilucidará cuál es el bien jurídico protegido por este derecho y su protección constitucional. Asimismo, en este acápite se hará una breve referencia a la historia en la legislación antimonopólica y a los acontecimientos que desembocaron en su nacimiento. Por último, se indagará en los sistemas que protegen la libre competencia y en particular se analizará, en forma sucinta, la normativa existente en Chile.

En el capítulo segundo, analizaré el mercado farmacéutico en Chile y el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Farmacias Ahumada, Salcobrand y Cruz Verde. Por lo mismo comenzaré definiendo lo que es un

medicamento y una farmacia. Examinaré a cabalidad este mercado farmacéutico y las etapas en las cuales se encuentra dividido, así como la concentración del mismo. Posteriormente haré una cronología de los antecedentes previos al requerimiento. Luego procederé a realizar un exhaustivo análisis del requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de las tres grandes cadenas de farmacias existentes en el país, ya señaladas, y de las contestaciones de las requeridas -Cruz Verde y Salcobrand- realizando una síntesis de sus principales elementos. Posteriormente, procederé a examinar los hechos y actuaciones previas a la aprobación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia del acuerdo conciliatorio suscrito por Fasa y la Fiscalía Nacional Económica y de las respectivas audiencias de conciliación en que este acuerdo se aprobó.

Finalmente, en el capítulo tercero, se desarrollará un tema clave de este proceso: El acuerdo conciliatorio entre Fasa y la Fiscalía Nacional Económica. Se estudiará en profundidad este acuerdo, dilucidando su verdadera naturaleza jurídica, buscando identificar si es propiamente una conciliación o es algún acto distinto como una transacción o una confesión. Se realizarán una serie de críticas al respectivo documento, por medio de las cuales se intentará desvirtuar la validez de este documento, fundamentado principalmente en que con esta conciliación se ha vulnerado la libre competencia.

II. Capítulo primero:

La Libre Competencia,

definición, protección y alcances.

1. En busca de una definición de libre competencia.

Al momento de buscar una definición de la expresión “libre competencia”, se hace necesario, como primer punto, contrastar los conceptos que en la teoría económica y en la doctrina jurídica se han formulado. Para esto es imprescindible hacerse cargo del significado del término “competencia” y después señalar en que caso esta sería libre.

1.1. La competencia en la economía.

Desde el punto de vista económico, la competencia se define como *“la rivalidad que existe entre los agentes de un mercado, así, en la teoría económica la competencia significa la existencia de muchos agentes cuyas acciones individuales no modifican los precios del mercado”*¹.

En la teoría económica, se puede verificar la existencia de dos tipos de competencia: perfecta e imperfecta. Por un lado está la *competencia perfecta*, que hace referencia a aquel mercado en que cada uno de los intervinientes (oferentes o demandantes) no tienen poder alguno de decisión sobre el precio; transándose productos homogéneos y en que no existen barreras a la entrada o a la salida. Un ejemplo clásico de este tipo de competencia es el mercado del trigo.

El mercado perfecto es un mundo donde los agentes económicos se comportan como precioaceptantes, de manera tal que no tienen poder decisorio sobre el precio. Ellos sólo se limitan a tomar el precio establecido por el mercado, el cual se determina a través de la interacción de la oferta y la demanda. Esta interacción da lugar a un precio de equilibrio, respecto del cual cada empresa que participa en el mercado es demasiado pequeña como para influirlo.

¹ Fuente: <http://www.bcv.org.ve/c1/abceconomico.asp>. Fecha última consulta: 10 de junio de 2010.

Por otro lado, la *competencia imperfecta*, denota aquellos mercados en que al menos un vendedor (o un comprador) es suficientemente grande como para influir en el precio de mercado.

La diferencia entre ambas competencias radica en la posibilidad que tienen los agentes económicos de intervenir en el precio o la cantidad ofertada, es decir, si tienen o no poder monopólico. De esta manera una empresa en un mercado que se rige bajo un sistema de competencia imperfecta, tiene un cierto grado de poder monopólico, el cual será mayor o menor según se trate de un mercado monopólico, oligopólico o competencia monopolística. Por el contrario, una empresa en un mercado de competencia perfecta carecerá por completo de poder para decidir el precio involucrado en la transacción respectiva.

En relación a esta concepción económica de la competencia, **Domingo Valdés** señala: “*La economía de este modo entrega meros modelos que buscan describir los diversos grados de competencia*”². Este concepto de libre competencia en el plano de la economía, indica un mercado que se encuentra exento de interferencias externas.

1.2. La competencia en el ámbito jurídico.

En el ámbito del derecho es necesario definir la competencia, pero a su vez relacionarla con la libertad.

La competencia es, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “*la disputa o contienda entre dos o más personas sobre algo*”³. Esta definición involucra la idea de confrontación de los intereses de las partes por la consecución de su objetivo.

En el derecho y desde el punto de vista procesal, **Juan Colombo** define a la competencia como “*la potestad que tienen los tribunales para resolver, con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que les sean sometidos a*

² Valdés Prieto, Domingo, “Discriminación arbitraria en el derecho económico”, editorial Lexis Nexis, año 1992, página 97.

³ Fuente: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=competencia. Fecha última consulta: 10 de junio de 2010.

proceso; para conciliarlos en tanto corresponda y para intervenir en los demás asuntos que la ley les encomiende”⁴

Valdés señala: *“Para que la competencia tenga relevancia jurídica no parece bastar que lo disputado sea un bien desde el punto de vista de la justicia. Sino que además la disputa en cuanto tal debe interesar al derecho. Y es este interés del derecho por la competencia lo que lleva a que aquél regule las anomalías que se produzcan en ésta”⁵.*

La competencia jurídica, según **Valdés**, *“puede o no ser de tipo mercantil”⁶*. Estas se diferencian en si existe o se persigue un interés económico. Si existe dicho interés, tendrá carácter mercantil; por el contrario, sino no se encuentra presente el interés, se está frente a un competencia jurídica no mercantil.

Es necesario contextualizar la competencia mercantil, para lo cual **Joaquín Garrigues** la define como *“la actuación independiente de varias empresas para conseguir, cada una de ellas en el mercado, el mayor número de contratos con una misma clientela, ofreciendo los precios, las calidades o las condiciones contractuales más favorables”⁷.*

Cabe acotar, según se puede desprender de esta definición, que el mercado se encuentra, en su lado de oferta, principalmente constituido por personas jurídicas, las cuales adoptan generalmente la forma de una sociedad, en sus distintas concepciones, o empresas. Éstas son las que colocan los bienes en el mercado a la espera que los consumidores las adquieran. A su vez establecen estrategias de marketing para atraer al mayor número de clientes y obtener de esta forma una mayor utilidad por concepto de ventas. Cuando las distintas personas jurídicas presentes en una industria determinada no se encuentran ligadas por algún acuerdo, estamos frente a una situación en que existe y se respeta la libre competencia. Sin embargo cuando estas se unen, ya sea fijando precios altos, repartiéndose el mercado, produciendo una menor cantidad, nos alejamos de este ideal de libre competencia.

⁴ Colombo Campbell, Juan, “La Competencia”, editorial Jurídica de Chile, año 2004, página 77.

⁵ Valdés Prieto, Domingo, “Discriminación arbitraria en el derecho económico”, ob cit, página 97.

⁶ Valdés Prieto, Domingo, “Discriminación arbitraria en el derecho económico”, ob cit, página 97.

⁷ Valdés Prieto, Domingo, “Discriminación arbitraria en el derecho económico”, ob cit, página 98-99.

Para la competencia jurídica, según lo señala **Valdés**, “*el atractivo de un bien no deriva exclusivamente de sus cualidades sino que también de las condiciones contractuales que le rodean, como por ejemplo precio, formas de pago, garantías*”⁸. En efecto, estas condiciones son decisivas y pueden incidir fuertemente en la elección de un bien por sobre otro.

1.3. La libertad como autonomía privada.

El segundo elemento que tomaré en cuenta en la búsqueda de la definición de libre competencia, es la libertad.

Esta libertad es lo que se denomina autonomía de la voluntad. Algunos autores, entre los que se cuenta a **Valdés**, han rebatido este concepto, señalando que más propiamente debe hablarse de autonomía privada y no de autonomía de la voluntad. Para ello fundamentan “*que los actos se atribuyen a los sujetos y no a sus facultades, la autonomía es de la persona y no de su voluntad*”⁹.

La palabra autonomía se encuentra conformada por 2 componentes; “auto” que significa mismo y “nomas” cuyo significado es ley.

Luis Ferri, citado por **Valdés** define la autonomía de voluntad como “*el poder de disposición no vinculado al deber jurídico de perseguir una finalidad determinada por otro*”¹⁰. En la misma línea, **Valdés** afirma que “*la autonomía privada es una noción desarrollada por la ciencia jurídica, es una forma de libertad adquirida de la naturaleza política o civil, para describir la noción de una potencia que permite generar normas jurídicas y que por tanto se agota en los límites del derecho*”¹¹.

La autonomía privada es aquella de que goza una persona natural o jurídica y que le permite actuar en un mercado y elegir libremente el bien que desea, sin que exista presión externa que pueda desviar su decisión, forzándola en un determinado sentido.

⁸ Valdés Prieto, Domingo, “Discriminación arbitraria en el derecho económico”, ob cit, página 98.

⁹ Valdés Prieto, Domingo, “Discriminación arbitraria en el derecho económico”, ob cit, página 98.

¹⁰ Valdés Prieto, Domingo, “Libre competencia y monopolio”, editorial jurídica de Chile, año 2006, página 100.

¹¹ Valdés Prieto, Domingo. “Libre competencia y monopolio”, ob cit, página 98.

Es en esta competencia, ya sea mercantil o jurídica, que la autonomía privada encuentra su ámbito de acción.

1.4. Libre competencia y libre concurrencia.

Una vez dejada clara la relación existente entre libertad y competencia, es necesario dar un paso más allá para lograr una definición de libre competencia.

Para alcanzar esta definición, es que previamente hay que hacerse cargo del concepto de libre concurrencia y de esta forma, obtener una noción de libre competencia. La libre concurrencia, según la define **Jorge Witker**, se refiere a *“la situación específica en que se halla un mercado, en el cual los agentes económicos tienen libertad de acceso sin barreras ni restricción alguna”*¹².

Para que opere la libre concurrencia es necesario que exista una pluralidad de oferentes a los cuales no se les debe impedir el acceso al mercado. De esta forma podría existir un mercado donde se den estos presupuestos sin que exista una disputa real por hacerse de un mayor número de consumidores, debido a que ello no es condición necesaria para aumentar las ganancias.

La libre competencia, por su parte, designa a *“la situación de un mercado en la que dos o más agentes económicos ofrecen bienes o servicios similares intentando atraer a los consumidores”*¹³. Supone no sólo la existencia de una pluralidad de oferentes, sino que la pugna entre ellos por acaparar un mayor número de demandantes.

De estas dos definiciones se puede concluir, en primer lugar, que en un mercado determinado en el que exista libertad de entrada, pluralidad de oferentes disputándose por hacerse de un mayor número de consumidores, existirá libre competencia y libre concurrencia. En segundo lugar, que en un mercado determinado en que exista libertad de entrada y pluralidad de oferentes que no se encuentran compitiendo, existirá sólo libre concurrencia. Así, la libre concurrencia es un presupuesto básico para la existencia de la libre competencia, ya que sin ella esta última no sería posible.

¹² Witker Velásquez, Jorge, “Derecho de la competencia económica en el TLCAN”, editorial México, año 2003, página 4.

¹³ Witker Velásquez, Jorge, “Derecho de la competencia económica en el TLCAN, ob cit, página 4.

Si bien en la doctrina ambos conceptos no son idénticos, porque identifican a dos mercados distintos y existe entre ellas una relación de plural a singular, en el derecho chileno se tienden a equiparar. En efecto, el artículo 9 de la Ley 18.575, sobre las Bases Generales de la Administración del Estado establece que: *Los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad con la ley. El procedimiento concursal se regirá por los principios de la libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato. “En este contexto, la expresión libre concurrencia no es sino una forma de referirse a la libre competencia”*¹⁴. El legislador ha entendido que pese a las precisiones señaladas, estos conceptos deben ser tratados en un mismo sentido.

1.5. Un concepto de libre competencia.

La libre competencia es libre porque no se entorpece el acceso al mercado a todos aquellos agentes que tienen interés en participar en él, a su vez estos no deben realizar actos que impliquen obtener una ventaja ilícita respecto a los demás competidores en el mercado.

Garrigues, citado por **Valdés**, define a la libre competencia como la “*igualdad de los competidores ante el derecho*”¹⁵. De lo anterior se desprende que para hacer posible la libre competencia, es necesario que los distintos competidores estén en una situación de igualdad, sin que existan privilegios ilícitos o discriminatorios a través de los cuales pudiesen obtener cierta ventaja.

Valdés se refiere al principio en el cual se apoya la libre competencia, indicando que: “*El fundamento de la libre competencia no es otro que el principio de subsidiariedad en su aspecto negativo o restrictivo, que demanda a su vez el principio de la iniciativa privada; esto significa que el estado no debe intervenir en aquello que pueden realizar en forma justa y eficaz los particulares*”¹⁶. El Estado debe preocuparse y enfocar su atención en ciertas problemáticas que escapan, en cuanto a su resolución, a la capacidad de la iniciativa privada, y en las que aparecen involucrados grandes intereses sociales.

¹⁴ Valdés Prieto, Domingo, “Libre competencia y monopolio”, ob cit, página 80.

¹⁵ Valdés Prieto, Domingo, “Discriminación arbitraria en el derecho económico”, ob cit, página 101.

¹⁶ Valdés Prieto, Domingo, “Discriminación arbitraria en el derecho económico”, ob cit, página 96.

El derecho de la competencia se encuentra regulado muy escasamente por normas legales. Respecto a este tema **Jorge Streeter Prieto** señala lo siguiente: “*La fuente legal corresponde más bien a la regulación de los distintos sectores económicos, lo cual apreciamos en casos como la energía, las telecomunicaciones, la pesca y el mercado de valores*”¹⁷. Continúa este planteamiento indicando que “*las leyes de competencia son, en su parte sustantiva, muy breves, pues usan apenas unos pocos conceptos*”¹⁸.

La creación y profundización de este derecho, así como a su normativa, se debe fundamentalmente a los agentes económicos que deben ajustar sus conductas a las normas establecidas y a los jueces, juristas y economistas que estudian cómo actúan. Es un derecho en constante evolución y la ley solo esboza instituciones y normas básicas, pero no por eso menos importante, mediante las que se desarrolla toda la normativa en materia de defensa de la libre competencia.

2. Delimitación del bien jurídico libre competencia.

A fin de delimitar este bien jurídico, es necesario saber ante todo ¿Qué es un bien jurídico? Este tema se analizará en el siguiente punto.

2.1. Definición de bien jurídico.

Para definir que es un bien jurídico, **Claus Roxin** señala que: “*Para establecer un concepto de bien jurídico, sólo se puede derivar de los cometidos plasmados en la ley fundamental, de nuestro estado de derecho basado en la libertad del individuo*”¹⁹.

Una vez que se estableció el contexto dentro del cual debe situarse el bien jurídico, **Roxin** lo define señalando que “*son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema*”²⁰.

¹⁷ Philippi, Yrarrázaval, Pulido y Brunner Ltda., “Modificación de la Ley de Defensa de la Competencia”, Julio 2002, página 21.

¹⁸ Philippi y otros, Ob cit, página 22.

¹⁹ Roxín, Claus, “Derecho penal, parte general, Tomo 1 Fundamentos, La estructura de la teoría del delito”, editorial Cívitas, segunda edición año 1997, página 55.

²⁰ Roxín, Claus, ob cit, página 56.

En nuestro ordenamiento jurídico, los tribunales en materia de libre competencia han focalizado la noción básica del bien jurídico protegido en los elementos: libertad e igualdad. *“Existe abundante jurisprudencia de la Comisión Preventiva Central y de la Comisión Resolutiva en la que se afirma que el propósito de la ley de defensa de la libre competencia, el bien jurídico que es tutelado por sus disposiciones, está constituido por la libertad e igualdad con que todos los sujetos pueden ejercer actividades económicas o participar en ellas”*²¹.

Llegado a este punto es necesario hacer un breve paréntesis para referirse a estas comisiones mencionadas precedentemente.

El sistema establecido por el Decreto Ley 211 de 1973, fue el de proteger a la libre competencia mediante la instauración de dos tipos comisiones, que hacían las veces de tribunales; Las Comisiones Preventivas y la Comisión Resolutiva. Las primeras se dividían en las Comisiones Preventivas Regionales, las que se encontraban presentes en todas las regiones, y la Comisión Preventiva Central, el cual era un órgano que residía en Santiago y que hacía de Comisión Preventiva Regional para esta ciudad. Sus facultades, como Comisión Preventiva Regional, se enfocaban a la prevención del ilícito anticompetitivo y actuaba como órgano de carácter consultivo para la ciudadanía respecto de aquellos actos o contratos que pudiesen atentar contra la libre competencia. En su carácter de Comisión Preventiva Central se le encomendaba conocer de todos aquellos actos o situaciones, en marcadas dentro de sus atribuciones, que tengan carácter nacional o que afecte a más de una región.

La Comisión Resolutiva, por su parte, también residía en Santiago y su labor consistía en conocer de todas aquellas situaciones que pudieren constituir infracciones al Decreto Ley 211 y sancionar aquellas conductas que vulneren a la libre competencia, por tanto tenía a su cargo el conocimiento de las causas contenciosas, a diferencias de las comisiones preventivas que su labor se encontraba dedicado principalmente a asuntos no contenciosos.

²¹ Philippi y otros, ob cit, página 34.

2.2. La igualdad jurídica.

La igualdad, como principio jurídico, se encuentra vinculada a la noción de justicia. **Aristóteles**²² hace referencia a una noción de justicia basada en la distribución: “*La justicia es dar a cada uno lo suyo*”. Esta concepción de justicia, si bien parece adecuarse al requerimiento de cada persona, al estimar aun en el vocablo cotidiano que *lo que me corresponde es lo justo*, resulta vaga y con vacíos importantes, sobre todo haciendo hincapié en *¿Qué es lo suyo de cada cual?*. Entonces, frente a este concepto de justicia, se presenta la problemática de no saber *qué es lo que le corresponde a cada quien*. Los economistas darían como solución que es el mercado el cual, mediante la óptima asignación de recursos y la interacción de la oferta y la demanda, establecerá lo suyo de cada cual. Otros autores como **Hans Kelsen**, plantean como forma de solución a esta interrogante la existencia de un ordenamiento jurídico que señale lo que es suyo de cada cual. Esta apreciación de **Kelsen** parece bastante adecuada, puesto que otorga plena certeza jurídica al existir un ordenamiento jurídico que establezca claramente la justicia y por tanto la distribución.

Sin embargo, y pese a las apreciaciones señaladas, la igualdad jurídica se vincula a la antigua fórmula de tratar como igual a los iguales y desigual a los desiguales, recibiendo así la denominación de *principio jurídico de la igualdad*²³, el cual obedece a una enunciación de la proporcionalidad que debe residir en todo acto de justicia.

Esta igualdad se ve afectada al momento en que surge un monopolio, generando desigualdad en los intervinientes vinculados a un mercado determinado, sean estos competidores o consumidores. Así, “*la igualdad se refiere al ejercicio de la autonomía privada y la falta de igualdad a las restricciones impuestas a dicho ejercicio, restricciones que son ilícitas*”²⁴. Estas restricciones a que se hace referencia, pueden tener su origen en un acto de la autoridad al dictar una norma que atente contra la libre competencia o al artículo 19 n° 21, que consagra la libertad de empresa, o por algún competidor del mercado que valiéndose de su poder monopólico, intenta perjudicar a los otros partícipes del mercado, afectando también de esta forma a los consumidores.

²² Squella, Agustín, Cátedra de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valparaíso, apuntes de clases, año 2008.

²³ Valdés Prieto, Domingo, “Discriminación arbitraria en el derecho económico”, ob cit, página 11.

²⁴ Valdés Prieto, Domingo, “Discriminación arbitraria en el derecho económico”, ob cit, página 102.

La legislación antimonopolio no busca resguardar mercados que se desenvuelven dentro del principio de la competencia perfecta, sino que busca resguardar aquellos mercados en que, por existir poder monopólico, pudiere ser afectada la libre competencia. Entonces está enfocada para actuar en aquellos mercados monopólicos, oligopólicos y de competencia monopolística.

Este poder monopólico se refiere a aquél de que goza el monopolista para determinar a voluntad el precio, cantidad, calidad, condiciones contractuales y/u otra variable de mercado relativa a ese producto ofertado o demandado según corresponda. Si bien no pocas veces se ha definido el monopolio a partir del poder monopólico, este elemento no es intrínseco al monopolio, ya que pueden existir monopolios que no atribuyan al monopolista poder monopólico, como sería el caso en que producto de una exhaustiva regulación legal de una industria por parte del estado, se prive al agente monopolista de toda influencia relevante sobre las mencionadas variables de mercado. De esta forma dicho monopolista carece de medios para alcanzar una renta monopólica. El poder monopólico depende en parte del grado de sustitución de los bienes ofertados, en el caso del monopolio de oferta. Si el grado de sustitución es alto - a lo que se denomina sustituto inmediato - este poder será menor. Por el contrario, si el grado de sustitución es bajo - sustitución mediata - el poder será mayor.

Sobre estos monopolios que afectan la eficiencia, **Streeter**, citado por **Valdés**, dice que: *“La competencia en la doctrina del derecho de monopolios resulta ser la eficacia defendida dentro de un ámbito determinado y en un mercado relevante. Se busca protección frente a las acciones que tiendan a destruir la eficacia y llevarla a la figura límite del monopolio”*²⁵. Esta eficacia se refiere a la eficiencia de un mercado específico, el cual a mayor poder monopólico será menos eficiente.

Las acciones que pueden conducir a destruir la eficacia que realiza un agente económico en una determinada industria, como al abuso de posición dominante, la colusión o los precios predatorios, resultan perjudiciales para la autonomía privada de las otras personas o agentes económicos. *“Así, la libre competencia en cuanto bien jurídico protegido es el libre ejercicio de la autonomía privada en el mercado relevante de que se trate”*²⁶.

²⁵ Valdés Prieto, Domingo, “Discriminación arbitraria en el derecho económico”, ob cit, página 100.

²⁶ Valdés Prieto, Domingo, “Discriminación arbitraria en el derecho económico”, ob cit, página 100.

2.3. La autonomía de la voluntad como fundamento de la libre competencia.

La autonomía de la voluntad nos permite crear y modificar relaciones jurídicas con otros, ya sea que versen sobre cosas corporales o incorporales. Esta autonomía no puede ser afectada por intereses de otras personas, sean naturales o jurídicas y que repercutan estos intereses ajenos en nuestra facultad o voluntad para decidir. *“El paradigma de libertad e igualdad del contrato conmutativo libremente aceptado por los interesados se ve roto cuando, en los hechos, el mercado en que se produce el intercambio adolece de alguna seria imperfección”*²⁷, como un cartel. Entonces, si teniendo presente que este contrato conmutativo se basa en que las obligaciones de ambas partes se miran como equivalentes, al existir dicha imperfección se lesiona a la parte más débil de la relación contractual.

El Estado debe velar por la autonomía privada, tutelarla, protegerla y promoverla como bien jurídico, por ser un valor digno de respeto, reconocimiento y querido por la sociedad. Sin embargo, esta protección y resguardo deben ser en la justa medida, procurando que no se intervenga en el libre mercado más allá de lo necesario para cuidar el bien jurídico, evitando así alguna distorsión por la injerencia del estado.

Identificar cuál es el bien jurídico protegido con la legislación monopólica resulta importantísimo al momento de encontrar quiénes son los titulares de los mismos y por ende, los sujetos a los cuales se busca proteger. Así, los órganos regulatorios de la libre competencia deben velar porque la autonomía de la voluntad y la igualdad sean respetados por todos los participantes de un mercado determinado y que al momento de producirse un atentado contra el bien jurídico se encargue de perseguir a quienes incurrieron en el ilícito.

3. Consagración constitucional de la libre competencia.

No existe a nivel constitucional un derecho de libre competencia. A su vez, el derecho comparado tampoco lo recoge en las diversas Constituciones.

Sobre el inicio de este derecho es nuestra legislación **Oscar Gárate** señala que *“el Derecho de la Libre Competencia se asienta en Chile con la transformación del modelo*

²⁷ Philippi y otros. Ob cit, página 37.

económico a partir de la década de los años setenta y con la consagración constitucional de los principios que le entregan validez, coherencia y sentido al mercado como forma de asignación de recursos en la sociedad”²⁸. Sin embargo, es necesario acotar que este inicio se produjo con la entrada en vigencia de la Ley 13.305 del 6 de abril de 1960.

Este derecho tiene su antecedente constitucional inmediato en una serie de normas que la doctrina denomina orden público económico.

3.1. El orden público económico.

José Luis Cea Egaña, lo define 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)”*²⁹.

Para **Arturo Fermandois** el orden público económico es *“el adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad, que permita a todos los agentes económicos, en la mayor medida posible y en un marco subsidiario, el disfrute de sus garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal de contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana”*³⁰.

3.1.1. Principios del orden público económico.

Según **Fermandois**, el orden público se conforma con una serie de principios, los cuales se detallan a continuación:

A. **Principio de libertad económica:** Este principio se encuentra recogido en el artículo 19 n° 21 de la Constitución, que afirma: *“la Constitución asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a*

²⁸ Gárate Maudier, Óscar, “Marco constitucional del derecho de la libre competencia, modelo económico, eficiencia y garantías constitucionales”, página 1.
Fuente: http://www.congresoconstitucional.cl/upload/69/Oscar%20Garate_1252890515.pdf. Fecha última consulta: 10 de junio de 2010.

²⁹ Fermandois Vohringer, Arturo, “Derecho constitucional económico”, tomo I, ediciones Universidad de Chile, año 2006, página 41.

³⁰ Fermandois Vohringer, Arturo, ob cit, página 72.

la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.”

Este es un principio fundamental que otorga libertad a las personas para llevar adelante cualquier empresa, negocio o actividad, que no atente contra principios no sólo jurídicos, sino que también de orden moral. Aún más el artículo 1 inciso 3 de la Constitución da cuenta de que *“el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permita a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”*. Entonces, para que se alcance una mayor realización material, es condición necesaria que se le entregue a las personas la libertad de emprendimiento.

B. Principio de subsidiariedad económica del estado: La normativa constitucional es clara al respecto, el Estado sólo puede intervenir como empresario, cuando el legislador lo autoriza. Al efecto el artículo 19 N° 21 inciso 2, señala: *“El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una Ley de Quórum Calificado los autoriza”*.

Al respecto la Corte Suprema ha señalado que: *“El principio de subsidiariedad del Estado debe entenderse como aquél que exige al Estado intervenir en la economía para ayudar a los miembros de la comunidad en el logro del progreso y el desarrollo, lo que conduce a admitir que le corresponde una función activa en el cumplimiento del principio de subsidiariedad, cuando los particulares no han manifestado interés en ella o, también, cuando son incapaces de llevarla a cabo por el volumen de las inversiones que se requiere”*³¹.

Eduardo Soto Kloss acota: *“El fundamento de este principio se basa en dos aspectos, primero, en el carácter personal del hombre, sujeto de la actividad social y política y segundo, en la necesaria ordenación de la sociedad política hacia el bien común”*³².

³¹Corte Suprema, sentencia del 23 de Noviembre de 1995, caso “Mersa con Subsecretaria de Pesca”.

³²Soto Kloss, Eduardo, Massini, Carlos Ignacio y Sagues, Nestor Pedro. “El Principio de la subsidiariedad, fundamentos filosóficos”, revista de derecho Público N39-40, Universidad de Chile, año 1986, página 57.

C. Principio del derecho de propiedad privada: Este principio se encuentra recogido en el artículo 19 n°23 y n°24 de la Constitución. El numeral 23 señala: “*La constitución asegura a todas las personas la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deben pertenecer a la nación toda y la ley lo declare así*”. De esta forma se protegen tanto los bienes corporales como los bienes incorporeales y es en estos donde se encuentran los derechos.

En el ejercicio del derecho de propiedad, los agentes económicos obtienen ganancias, las cuales provienen de los bienes que estos poseen, sin embargo, estas ganancias que forman parte de la propiedad de un determinado agente, se pueden ver afectadas por conductas anticompetitivas que realiza otro agente económico que compite con él en un determinado mercado. Las conductas enmarcadas dentro del artículo 3 del D.L. 211 pueden vulnerar no sólo la libre competencia, sino que también en un último caso, el derecho a la propiedad.

D. Principio de la igualdad y no discriminación económica arbitraria: Es uno de los principios más importantes de la Constitución. “*La igualdad irradia su contenido a un gran número de garantías sustantivas de nuestra ley fundamental, para juntos configurar un cuadro jurídico armónico con la gran afirmación constitucional de la dignidad espiritual del hombre*”³³. Se encuentra regulado en el artículo 19 N°2 de la Constitución, disponiendo que: “*Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*”.

El numeral 22 del artículo 19, profundiza en esta situación señalando: “*La Constitución asegura a todas las personas la no discriminación arbitraria en el trato que debe dar el Estado y sus organismos en materia económica*”. Este principio si bien da cuenta que es el Estado quien no debe realizar alguna actividad que signifique una discriminación arbitraria, podría hacerse extensiva también a los particulares cuando ejercen alguna actividad de carácter económica, como sucede en las situaciones descritas en el artículo 3 del Decreto Ley 211, las que constituyen una infracción a la libre competencia y que se relacionan con discriminaciones por parte de los agentes económicos.

³³ Fernandois Vohringer, Arturo, ob cit, página 109.

Desde el punto de vista del derecho de la libre competencia, es el Estado que, para alcanzar el bien común, puede intervenir en el mercado, afectando de ésta forma los derechos de las personas cuando éste conduzca a situaciones que perjudiquen a la sociedad, pudiendo intervenir especialmente en aquellos ámbitos relativos a la mantención o búsqueda de estabilidad macroeconómica.

E. Principio de la política monetaria independiente y disciplina del gasto fiscal: Este principio tiene por objeto “*velar por una administración macroeconómica disciplinada por parte del estado*”³⁴. Este objetivo se cumple a través del Banco Central, el que para operar en forma correcta requiere necesariamente ser independiente de los poderes del estado.

La Ley Orgánica Constitucional del Banco Central, en su artículo primero señala: “*El Banco Central de Chile es un organismo autónomo, de rango constitucional, de carácter técnico, con personalidad jurídica, patrimonio propio y duración indefinida*”

F. Principio de la reserva legal de la regulación económica: Consiste en “*la asignación exclusiva al legislador de la tarea de regular la actividad económica, y en la extracción consecucional de esa función desde el ámbito de la potestad reglamentaria*”³⁵.

Este principio legal de la reserva económica se plasma en el artículo 19 N°21, donde se asegura el derecho a desarrollar cualquier actividad económica “*respetando las normas legales que la regulen*”. Es pertinente recordar que el principio de la reserva legal se fundamenta en el artículo 63, inciso primero, de la Constitución en el que se señala que: “*Solo son materias de ley*” y a continuación se realiza una enunciación de esas materias.

G. Principio de la revisión judicial económica: “*Es aquel que exige a todo ordenamiento proveer de las acciones cautelares y recursos sustantivos idóneos, de los tribunales especializados y jerárquicamente convenientes y de las fuerzas ejecutivas eficaces, para el cumplimiento de las resoluciones jurisdiccionales que permitan un escrutinio estricto de la conformidad de los actos legislativos, ejecutivos, judiciales y*

³⁴ Fermandois Vohringer, Arturo, ob cit, página 116.

³⁵ Fermandois Vohringer, Arturo, ob cit, página 155.

particulares con efectos económicos ante las garantías económicas de la constitución”³⁶.

Las garantías constitucionales que conforman el orden económico se encuentran protegidas, en su mayoría, por el recurso de protección, regulado y establecido en el artículo 20 de la Constitución. Sin embargo, éste no es el único medio, puesto que la legislación también prevé, entre otras posibilidades; el recurso de amparo económico contemplado en la Ley 18.971 y el recurso de inaplicabilidad de las leyes del artículo 93 n° 6 de la Constitución.

4. Historia normativa de la libre competencia.

A fines del siglo XIX en Estados Unidos, surgen las primeras grandes empresas y consorcios, dando paso de esta forma al nacimiento de la edad de oro de los monopolios. Este período abarca alrededor de 40 años, desde 1870 a 1914. En esta época sobresalen las figuras de grandes empresarios como *Carnegie, Rockefeller, Vanderbilt*, cuyos negocios se relacionaban principalmente con el petróleo, los ferrocarriles, el acero y la banca. Estos monopolios permitieron el aumento de personas con gran poder económico. *“Mientras que en 1861 Estados Unidos tenía 3 millonarios, en 1900 tenía 4.000”*³⁷.

John D. Rockefeller es la personificación de las grandes riquezas obtenidas a partir de los monopolios. Su negocio se basó en la extracción del petróleo y su transporte, el que se realizaba a través de tuberías (oleoductos). A fin de controlar estas etapas, creó el consorcio llamado “Standard Oil Trust”.

Rockefeller, mediante su influencia y posición dominante en tuberías de transporte de petróleo compró los yacimientos de sus competidores, lo cual condujo a que en 1875 controlase el 95% de los oleoductos y refinerías de petróleo. *“Llegado a este nivel de control, disminuyó la producción de petróleo y por tanto el precio del mismo aumentó, configurándose de esta manera su poder monopolístico”*³⁸.

³⁶ Fermandois Vohringer, Arturo, ob cit, página 112.

³⁷ Samuelson, Paul y Nordhaus, William, “Economía”, editorial McGraw-hill, decimo séptima edición, año 2002, España, página 153.

³⁸ Samuelson, Paul y Nordhaus, William, ob cit, página 153.

Muchos otros imitaron esta forma de consorcio ideada por Rockefeller, por lo mismo, se crearon consorcios en los mercados del azúcar, aluminio, la banca, entre otros.

Debido a los graves perjuicios que causaba la eliminación de la competencia, la concentración del comercio y el aumento de los precios, es que comienzan los esfuerzos legislativos en Estados Unidos por dictar leyes que prohibieran dichos monopolios. Estas leyes buscan operar de dos modos: prohibiendo ciertas conductas que atentan contra la libre competencia, como lo son la colusión y fijación de precios; y en segundo lugar, buscan prohibir ciertas estructuras de mercado.

Las primeras y más importantes leyes relativas a la regulación y protección de la libre competencia en E.E.U.U. son: Sherman Act (1890), Clayton Act (1914) y la Federal Trade Comisión Act (1914).

5. Sistemas de protección del derecho de la libre competencia.

En el derecho comparado existen distintos modelos o sistemas para sancionar los atentados a la libre competencia. Estos modelos se diferencian, principalmente, en el carácter de la sanción aplicable a la conducta que vulnera este bien jurídico.

Así, según *Witker* un primer modelo “se encuentra limitado al derecho administrativo sancionador, y consiste en que las prácticas restrictivas de la libre competencia son castigadas con sanciones administrativas”³⁹. Un ejemplo de tal sistema es el que imperó en el derecho alemán hasta el año 1997, donde se eliminó la pena corporal que estaba aparejada a la conducta anti monopolística.

Un segundo modelo, según *Witker*, “se encuentra limitado sólo a sanciones penales, el cual puede entenderse con facilidad en ciertos momentos históricos caracterizados por la ausencia de leyes especiales de defensa de la competencia”⁴⁰. Este era el sistema establecido por el D.L. 211 de 1973, en el que se castigaba con presidio menor, en cualquiera de sus grados, a quien atentaba contra la libre competencia.

³⁹ Witker Velásquez, Jorge, “El nuevo Tribunal Chileno de la Libre Competencia ¿un paradigma para México?”, editorial Universidad Nacional Autónoma de México, año 2006, página 6.

⁴⁰ Witker Velásquez, Jorge, “El nuevo Tribunal Chileno de la Libre Competencia ¿un paradigma para México?”, ob cit, página 6.

Por último **Witker** señala la existencia de un *tercer modelo*, “*el cual es un sistema de protección conjunta, tanto penal como administrativa, de la libre competencia*”⁴¹. Este sistema es la tendencia general hoy en día, el cual se recoge en las legislaciones de Perú y México.

Desde el punto de vista de la técnica jurídica, las leyes de defensa de la competencia se orientan en dos sentidos. Unas siguen el ejemplo de la Sherman Act, describiendo las conductas como tipos penales, esto es, comportamientos de personas que llevan en sí una presunción de ilicitud, de manera que si concurren todos los otros elementos que señala la teoría del delito, quien incurrió en la conducta descrita por la ley se hace sujeto pasivo de una pena criminal. De distinta forma, “*otras legislaciones (la principal rige hoy en la Unión Europea) describen las conductas, objeto de la ley, como ilícitos del derecho común, sin colocarlas en el ámbito del derecho penal*”⁴².

6. Legislación en Chile en materia de libre competencia.

En 1955 Chile se encontraba afectado por una gran crisis económica. Los niveles de inflación rondaban el 83% anual.

Es en estas circunstancias económicas, que el Presidente Carlos Ibáñez del Campo decidió contratar a la firma estadounidense Klein Saks, para que realizara un análisis de la economía chilena, tendiente a proponer medidas para terminar con los niveles de inflación y la crisis misma. Esta firma, después del correspondiente estudio y análisis de la situación económica, llegó a la siguiente conclusión: “*Es necesario acabar con el sistema de “control de precios”, para lo que se hacía imperiosa la instauración de un sistema de libertad de precios, siendo fundamental una legislación antimonopólica, promotora del mercado como mecanismo de asignación de recursos*”⁴³.

Las primeras normas que se dictaron en Chile para proteger y sancionar aquellas conductas que atentaban contra la libre competencia datan del año 1960. Ese año, durante el gobierno del Presidente *Jorge Alessandri Rodríguez*, se dictó con fecha 6 de abril la ley N° 13.305, que contenía una tipificación penal del delito de monopolio.

⁴¹ Witker Velásquez, Jorge, “El nuevo Tribunal Chileno de la Libre Competencia ¿un paradigma para México?”, ob cit, página 6.

⁴² Philippi y otros, ob cit, página 41.

⁴³ Gárate Maudie, Óscar, ob cit, página 4.

6.1. Ley N°13.305 del 6 de abril de 1960.

Esta ley tenía como fin fomentar la libre competencia industrial y comercial. Se le considera un intento fallido, entre otros motivos, por los medios prácticamente nulos que tenían los organismos creados por esta para defender la libre competencia, así como también por ciertas exigencias en torno al tipo de la norma, ya que ésta prohibía expresamente un determinado número de prácticas comerciales que, para ser declaradas ilegales, no solo debían intentar restringir la libre competencia, sino que “*debían restringirla efectivamente*”. También se le atribuye la creación de la Comisión Antimonopolio, que fue el primer ente encargado de velar por este derecho. Dicha Comisión ejercía las facultades sancionatorias y de control señaladas por la ley.

Durante su vigencia, los órganos creados por ella tuvieron escaso trabajo, específicamente ciento veintiún casos, los que en su gran mayoría fueron iniciados durante los primeros años de puesta en práctica del sistema. “*No resulta extraño pensar que en 1963 la Comisión Antimonopolios no conoció virtualmente ni un nuevo caso, tampoco que desde 1965 hasta 1972 conoció sólo siete casos de menor significación*”⁴⁴.

6.2. Decreto Ley 211 de 1973.

El 22 de diciembre de 1973 se dicta el Decreto Ley 211, el cual es el primer gran cuerpo normativo en esta materia y que sólo sufrirá modificaciones importantes recién a partir de mediado de la primera década del siglo XXI.

El Decreto Ley 211 introdujo nuevos conceptos y órganos; las Comisiones Preventivas, Comisión Resolutiva, Fiscalía Nacional Económica y los Fiscales Regionales son reflejo de aquello. Ya no sólo se concibió el ilícito como aquellos actos que atentaban efectivamente a la libre competencia, sino que además a los que tenían la capacidad de dañar este bien jurídico, estableciéndolo también de esta forma como un delito de peligro.

Se creó de esta manera un nuevo orden económico en que el papel del Estado ya no se concibió como empresario, sino que encontraba un nuevo rol: El de garantizar la

⁴⁴ Gárate Maudie, Óscar, ob cit, páginas 6 y 7.

eficiencia en el empleo de los recursos y el respeto a las normas de competencia por parte de las empresas.

Es del caso señalar que el D.L. 211, no define lo que es la libre competencia. *“La legislación chilena ha seguido en este aspecto a la mayoría de los ordenamientos jurídicos sobre esta materia, en los que se entiende que la Ley de la competencia debe contener conceptos abiertos y flexibles pues incluso la ciencia económica no tiene un concepto unívoco sobre el concepto y alcance de la competencia en el ámbito económico”*⁴⁵.

Este cuerpo normativo recurrió a la técnica jurídica de tipificar la conducta que atenta contra la libre competencia en base a un tipo penal de conducta. En efecto, el artículo primero de este decreto señala: *“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país en las actividades económicas, tanto en las de carácter interno como en las relativas al comercio exterior, será penado con presidio menor en cualquier de sus grados”*.

6.3. Ley 19.901 del 14 de noviembre de 2003.

La evolución del derecho de la libre competencia a nivel mundial y nacional, hizo necesario la modificación del Decreto Ley 211 de 1973, de manera de actualizarlo a los nuevos tiempos.

En virtud de esta ley, se eliminan las Comisiones Preventivas Regionales y Centrales, y la Comisión Resolutiva. Ahora es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el ente encargado de la aplicación del estatuto jurídico que regula la normativa antimonopolio en el país.

Esta Ley que modifica el Decreto Ley 211, establece la conducta anticompetitiva desde el punto de vista del ámbito penal, pero con la excepción de no traer aparejada a dicha conducta una pena corporal privativa de libertad.

⁴⁵ Philippi y otros, ob cit, página 7.

Existe un reforzamiento a la independencia del Tribunal de la Libre Competencia del poder ejecutivo, en razón de que los nombramientos de los jueces, ya que si bien son realizados por el Presidente de la República, se producen a partir de nóminas, ya sea de la Corte Suprema o del Banco Central, según sea el caso.

Esta ley introdujo modificaciones no solo creando nuevas instituciones, sino que también señalando explícitamente cual era el objeto de este nuevo D.L 211. En efecto su artículo 1º señala: “*La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados*”.

6.4. Ley 20.361 del 13 de julio de 2009.

A través de esta ley se modifican una serie de materias relativas principalmente a la composición del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y al procedimiento seguido ante éste. Estas modificaciones son más bien de forma que de fondo, debido a que no alteran en su esencia ni el tribunal de la libre competencia ni los procedimientos que este conoce.

Las verdaderas modificaciones son las que dicen relación con las atribuciones del Fiscal Nacional Económico. Se incorpora explícitamente, y en mi opinión por primera vez, la posibilidad de acordar una conciliación del Fiscal con alguno de los intervinientes del proceso. Así mismo se establece la institución de la delación compensada. Institución que hasta antes no existía en la legislación monopólica y que es un gran avance en el derrocamiento de los carteles.

III. Capítulo segundo:

Mercado chileno de las farmacias y el caso de la Fiscalía Nacional Económica contra Fasa y otras.

1. Farmacia y medicamento.

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la farmacia es “*la ciencia que enseña a preparar y combinar productos naturales o artificiales como remedios de las enfermedades, o para conservar la salud*”⁴⁶. También la define como “*el Laboratorio y despacho del farmacéutico*”.

A su vez, nuestra legislación entrega un concepto de lo que debe entenderse por farmacia. De esta forma el Decreto Supremo N°466, del 31 de diciembre de 1984, del Ministerio de Salud, en su artículo 8, la define como: “*Todo establecimiento o parte de él, destinado a la venta de productos farmacéuticos y alimentos de uso médico; a la confección de productos farmacéuticos de carácter oficial y a los que se preparen extemporáneamente conforme a fórmulas magistrales prescritas por profesionales legalmente habilitados; y al fraccionamiento de envases clínicos de productos farmacéuticos, conforme a las normas que imparta el ministerio de salud, mediante resolución*”.

Es en estos establecimientos donde se venden al público los respectivos medicamentos, por lo que se hace necesario referirse estos últimos. Nuestro ordenamiento jurídico los define en el artículo 4 del Decreto Supremo N°1876 de 1995 del Ministerio de Salud, como: “*Toda sustancia natural o sintética o mezcla de ellas, que se destine a la administración al hombre o a los animales, con fines de curación, atenuación, tratamiento, prevención y diagnóstico de las enfermedades o de sus síntomas*”.

Por otra parte, la Organización Mundial de la Salud (OMS) define el medicamento como: “*Sustancia obtenida a través de los canales farmacéuticos*”⁴⁷.

⁴⁶Fuente:http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=farmacia. Fecha de última consulta: 10 de junio de 2010.

⁴⁷Fuente: http://www.who.int/substance_abuse/terminology/lexicon_alcohol_drugs_spanish.pdf, página 44. Fecha de última consulta: 10 de junio de 2010.

Los medicamentos, tal como lo señala la OMS, se pueden clasificar según su venta, en medicamentos de venta general y medicamentos éticos. Los medicamentos de venta general son “*aquellos que no están sujetos a prescripción médica*”⁴⁸. A su vez los productos farmacéuticos éticos “*Son aquellos cuya compra exige prescripción médica*”⁴⁹. Estos últimos se pueden clasificar, según el tratamiento de enfermedades al cual se destinan, en crónicos y agudos. Los productos farmacéuticos éticos crónicos son “*aquellos recetados para el tratamiento de enfermedades que requieren su consumo por un largo periodo de tiempo o por toda la vida de una persona*”⁵⁰. Por su parte los productos farmacéuticos éticos agudos son “*aquellos recetados para el tratamiento de una dolencia en particular por un determinado lapso de tiempo*”⁵¹.

Los medicamentos éticos, tanto los agudos como crónicos, requieren para su compra de prescripción médica. Así la receta médica es “*la orden suscrita por un médico cirujano, cirujano dentista, médico veterinario, matrona o cualquier otro profesional legalmente habilitado para hacerlo, con el fin de que una cantidad de cualquier medicamento o mezcla de ellos sea dispensada conforme a lo señalado por el profesional que la extiende*”⁵².

2. El mercado farmacéutico en Chile.

“*El mercado de los productos farmacéuticos comprende tres etapas: la producción, la distribución y la venta al detalle*”⁵³.

En la *fase de producción* se encuentran los *laboratorios*, que son las empresas encargadas de elaborar los medicamentos, así como también de desarrollar investigaciones y avances tecnológicos en esta materia. En Chile actualmente funcionan más de 70 laboratorios nacionales y extranjeros.

⁴⁸ Fuente: http://www.who.int/substance_abuse/terminology/lexicon_alcohol_drugs_spanish.pdf, página 44. Fecha última consulta: 10 de junio de 2010.

⁴⁹ Fuente: http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Requerimiento_FNE..pdf. Página 3, pie de página. Fecha última consulta: 10 de junio de 2010.

⁵⁰ Fuente: http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Requerimiento_FNE..pdf, página 3, pie de página. Fecha última consulta: 10 de junio de 2010.

⁵¹ Fuente: http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Requerimiento_FNE..pdf, página 3, pie de página. Fecha última consulta: 10 de junio de 2010.

⁵² Decreto N° 466, de 1984, del Ministerio de Salud que contiene el Reglamento de Farmacias Droguerías y Almacenes Farmacéuticos.

⁵³ Fuente: http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Requerimiento_FNE..pdf, página 16. Fecha última consulta: 10 junio de 2010.

La *segunda fase* está a cargo de las *distribuidoras*, las que tienen por objeto proveer los medicamentos a las farmacias para su venta al público. Estas se pueden clasificar en:

1. Distribuidores/representantes de laboratorios: Son empresas que agrupan a varios laboratorios y comercializan de manera exclusiva los productos de sus asociados. Bajo esta modalidad operan en Chile dos empresas: Novafarma y Bayservice.
2. Distribuidoras cerradas: Son aquellas que se encargan del aprovisionamiento exclusivo de una cadena de farmacias, generalmente de su propiedad. Este es el caso de la división de distribución de Fasa y Salcobrand.
3. Distribuidoras abiertas: Se refieren a aquellas distribuidoras que se preocupan de aprovisionar a todos los interesados, sean farmacias independientes, grupos de farmacias o cadenas de farmacias, ejemplo de ello son las Droguerías Ñuñoa y Droguería Toledo.
4. Distribuidoras mixtas: Tienen por objeto proveer medicamentos tanto a los clientes de los distribuidores “abiertos” como a cadenas de farmacias relacionadas. En Chile funciona bajo esta modalidad la empresa Socofar S.A.

La *tercera etapa* es la *venta al detalle*, que consiste en la comercialización de los medicamentos al público, función realizada por las farmacias. Respecto a esta etapa se hace necesario precisar cómo se encuentra repartido el mercado.

En cuanto a la comercialización de los medicamentos al consumidor final, se puede dividir entre el ámbito público y el ámbito privado de ventas. Así, el sector público representa el 25% de las ventas al consumidor, principalmente a través de Central Nacional de Abastecimiento (Cenabast). Por su parte el ámbito privado representa el 75% de las ventas, principalmente a través de las tres grandes cadenas, Farmacias Ahumada, Salcobrand y Cruz Verde. “*Estas cadenas de farmacias dominan el mercado de venta al detalle, alcanzando una participación en conjunto del 92% de las ventas. El 8% restante es de cargo de las farmacias independientes, en un mercado cuyo valor de ventas anuales superar los \$1.200 millones de dólares anuales*”⁵⁴.

⁵⁴ Diario El Mercurio, 28 de marzo de 2009, cuerpo B, página 5.

En las últimas dos décadas se ha producido una gran modificación en este rubro, dado principalmente por la concentración de la participación en este mercado en las cadenas de farmacias, ya mencionadas, situación que ha ido en desmedro de las pequeñas farmacias independientes. “A comienzos de la década del '90 el número de farmacias independientes en el país era de 1650, sin embargo, hoy en día su presencia a disminuido drásticamente, alcanzado un número de 530”⁵⁵, y cuyo número podría seguir disminuyendo si se mantienen las actuales condiciones mercantiles.

3. Origen de las grandes cadenas de farmacias.

La historia y nacimiento de cada una de ellas se analizará separadamente a continuación.

3.1. Farmacia Cruz Verde.

*Cruz Verde*⁵⁶ se crea en 1984 en Viña de Mar, donde se instala el primer local de la cadena. En 1993 emerge en el mercado santiaguino con una agresiva estrategia de precios bajos, lo cual obligó a las otras grandes empresas farmacéuticas; Farmacias Ahumada, Salco y Brand (hoy fusionadas) a competir en una lucha para captar clientes mediante precios bajos, vendiendo productos incluso por debajo de su costo de adquisición.

Cruz Verde es la cadena de mayor crecimiento en el país, aumentado su número de locales de 50 en 1994 a 511 el año 2008, teniendo presencia en todo el territorio de la república.

3.2. Farmacias Ahumada.

*Farmacias Ahumada*⁵⁷ nace bajo la impronta de su creador José Codner, hijo del dueño de la Farmacia York. A la muerte de su padre compró las cuotas de las herencias a sus hermanos y así adquirió, en 1968, su primera farmacia.

⁵⁵ Diario El Mercurio, 28 de marzo de 2009, cuerpo B, página 5.

⁵⁶ Fuente: http://www.cruzverde.cl/home_dos.asp?op=6&cat=56. Fecha última consulta: 10 de junio de 2010

⁵⁷ Fuente: <http://www.fasa.cl/fasacorp/fasacorp/empresa.html>. Fecha última consulta: 10 de junio de 2010.

En 1969, Codner inicia su cadena de establecimientos farmacéuticos mediante la instalación de la primera sucursal de Farmacias Ahumada, en la intersección de las calles Huérfanos y Ahumada. De ahí proviene el nombre de la cadena.

En 1970 comienza un plan gradual de expansión mediante la instalación de una serie de sucursales en Santiago, llegando a 44 locales en 1992. Posteriormente en el año 1996 su expansión la conduce a instalarse en el mercado peruano mediante la creación de boticas Fasa Perú S.A.

En 1997, Ahumada se abre a la bolsa de valores, siendo hasta la fecha la única de estas tres grandes cadenas que lo ha hecho. En 1999, Falabella compra el 20% de las acciones de Fasa por un monto equivalente a \$25 millones de dólares. Posteriormente las AFP Hábitat, Provida, Cuprum, Plan Vital y Capital, invierten en Farmacias Ahumada mediante la adquisición del 10% de las acciones.

En el año 2000, en virtud de un plan de internalización de la cadena, se produce su entrada en el mercado Brasileiro a través de la adquisición, en conjunto con AIG, del 77% de Drogamed Brasil. En 2002 entra en el mercado mexicano a través de la toma del control de la sociedad mexicana Far-Ben S.A.

El grupo controlador de esta farmacia, desde sus inicios, se encuentra constituido por la familia Codner, el cual en la actualidad posee el 51,1% de las acciones.

Sin embargo, *“en el mes de mayo de 2010 se hace pública la venta de las acciones de la familia Codner al conglomerado mexicano Grupo Casa Saba. Esta transacción asciende a los \$234 millones de dólares”*⁵⁸, pasando a ser el nuevo grupo controlador de esta cadena, al momento en que se verifique la oferta pública de acciones correspondiente.

Hoy, *“Farmacias Ahumada cuenta con más de 1.240 locales”*⁵⁹, con presencia en Chile, México y Perú.

⁵⁸Diario El Mercurio, 19 de mayo de 2010, cuerpo B, página 5.

⁵⁹Diario El Mercurio, 19 de mayo de 2010, cuerpo B, página 5.

3.3. Farmacias Salcobrand.

La tercera gran cadena de farmacias existente en Chile es *Farmacias Salcobrand*⁶⁰. Ésta resulta de la fusión de dos grandes retail, por una parte Salco y por otro Brand. Ambas cadenas surgen bajo el alero de ser, en su origen, empresas de carácter familiar.

Farmacias Brand es fundada por Luis Brand, quien en 1880 adquiere la Farmacia Alemana ubicada en el portal Mac-Clure, actual portal Bulnes, de la ciudad de Santiago. En la década del '40, la Farmacia Brand es adquirida por Elías Selman Nustas. A su fallecimiento, en 1960, el negocio pasa a manos de su viuda e hijos, los que comienzan a crear nuevas sucursales llegando en 1992 a tener 16 locales en Santiago y 1 en Talca.

Este ritmo constante de expansión de 12 sucursales por año, la conduce a que en el año 1999 cuente con más de 70 locales en el país.

Por otro lado, *Farmacias Salco*, abrió su primer local en el año 1982. El nombre de esta cadena se compone por la unión de las primera silabas del nombre y apellido de uno de sus dueños, Salvador Colodro; SALCO. Tras abrir una serie de sucursales en Santiago en 1994, adquiere una participación en la empresa Multifarm S.A, la cual era una cadena farmacéutica que funcionaba en regiones. En 1997 ya cuenta con más de 94 locales en todo el territorio del país y se instala en el mercado peruano a través de la empresa Multifarm S.A.

La cadena de Farmacias Salcobrand surge por la fusión de Salco Farmacias y Multifarm S.A. Esta fusión se inicia en el año 1998 y concluyendo el año 2000 con la creación del holding S&B Farmacéutica. Para esa fecha ya contaban con más de 110 locales en todo el país. En 2007 las familias Colodro y Selman venden su participación a la familia Yarur, la cual controla esta compañía a través de “Empresas Juan Yarur”.

4. Concentración en el mercado de las farmacias.

Como se puede apreciar, existe en este mercado una gran concentración en manos de las tres grandes cadenas de farmacias ya mencionadas.

⁶⁰Fuente:http://www.salcobrand.cl/wp-content/uploads/2009/06/historia_salcobrand1.pdf. Fecha última consulta: 19 de noviembre de 2009.

En una industria con pocos partícipes, pueden existir grandes beneficios para los consumidores, así como también pueden generarse graves perjuicios para los mismos en la medida que se trate de un mercado poco o mal regulado por la autoridad. Estos perjuicios a los consumidores también pueden proceder de las distintas acciones tomadas por las empresas para elevar sus ganancias a partir de actos ilícitos.

Estos beneficios se obtienen con el mejor aprovechamiento de las economías de escala, que en el caso de estudio, significan una importante baja en los costos de los medicamentos para los usuarios. Estos bajos precios no se podrían obtener en un mercado con más participantes, puesto que las empresas aprovechan su gran tamaño y poder para comprar los medicamentos a los laboratorios a un precio mucho menor del que lo haría una farmacia pequeña. Poseen, por lo tanto, un gran poder de negociación. A su vez, la presencia de un número reducido de participantes en una industria, conllevaría una férrea competencia de posicionamiento de la marca. De esta forma, el que existan tres grandes cadenas farmacéuticas en competencia implicaría una baja general en los precios.

Sin embargo, como toda forma de mercado, las *industrias oligopólicas*⁶¹ se ven afectas a ciertas prácticas corruptas. Una de estas son los posibles acuerdos entre los intervinientes que conducen a alzas de precios de los productos sobre los que versa esta industria. En este sentido, “*cuando hay un pequeño número de empresas en un mercado, estas pueden decidir cooperar o no cooperar*”⁶². Si llegan a cooperar, atentarán con el bien jurídico libre competencia; si no lo hacen, la respetarán.

En un mercado en que existen pocas empresas compitiendo, no son pocos los incentivos que tienen para unirse en pos de obtener mayores réditos de la actividad que realizan. Es precisamente en estos incentivos donde surge el oligopolio colusorio. Si las empresas no cooperan entre ellas entonces habrá guerra de precios, precios bajos y por consiguiente competencia, siendo en este caso los beneficiados los consumidores del bien o servicio. En cambio, si las empresas deciden ayudarse mutuamente, ya sea a través de pactos explícitos o implícitos, elevarán el precio del bien que ofrecen, y siendo

⁶¹ El oligopolio es a menudo una forma de mercado estable porque la política antimonopolio del estado y la diferenciación de productos impiden a las grandes empresas apartar a sus rivales. Wonnacott Paul y Wonnacott Ronald. Economía McGraw-Hill, cuarta edición, año 1992, página 598.

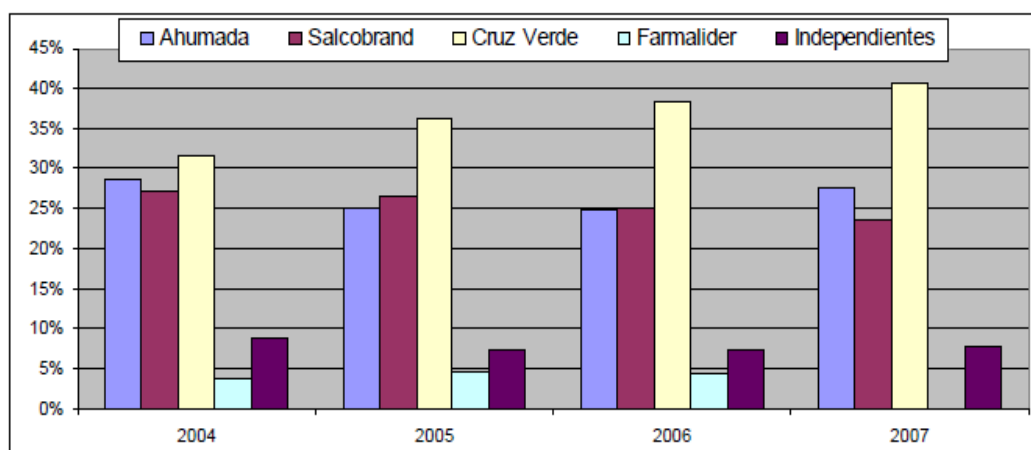
⁶² Samuelson Paul y Nordhaus William. Economía. Editorial McGraw-Hill, decimo séptima edición, año 2002, España, página 159.

este bien inelástico desde el punto de vista del consumidor, este se verá obligado a comprar y así las empresas coludidas aumentarán sus ganancias.

Las empresas oligopólicas para coludirse recurren generalmente al cartel, que es un acuerdo colusorio expreso y en el cual las empresas conciertan, sea el precio del bien a vender, sean cuotas de producción o repartición del mercado. En este caso de estudio - el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Farmacias Ahumada, Cruz Verde y Salcobrand- el cartel se basaría en incrementar los precios de ciertos productos.

Frente a esta colusión de empresas en un mercado oligopólico, juegan en contra no solo las regulación legales que prohíben dichos acuerdos, principalmente por ser contrarias a la eficiencia y a la libre competencia, perjudicando de este modo al consumidor encareciendo los bienes, sino que también por el incentivo de las empresas para producir más y así obtener mayores ingresos aprovechando los precios monopólicos.

Como refleja este análisis, el mercado resulta ser altamente concentrado y muestra de ellos es el *gráfico*⁶³ que se presenta a continuación en que se exhibe la participación en el mercado de estas tres grandes cadenas los últimos años.



Del gráfico en cuestión se desprende que la farmacia de mayor crecimiento en estos últimos años es Farmacias Cruz Verde. Esta participación en el mercado alcanzó un 40,64% en el 2008.

⁶³ Fuente: http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Requerimiento_FNE..pdf, página 23. Fecha última consulta: 20 de agosto de 2009.

Un mercado con menos competidores no tendrá un efecto negativo en la medida que los beneficios de las economías de escala se traspasen al consumidor, ya que así se lograría una mayor eficiencia social, todo esto encuadrado dentro de un mercado donde hay una competencia efectiva.

5. Crónica de una supuesta colusión anunciada.

La acusación de colusión formulada por el Fiscal Nacional Económico, Enrique Vergara, en contra de las cadenas de Farmacias Ahumada, Cruz Verde y SalcoBrand en diciembre del año 2008, es una situación que invita a estudiar los antecedentes de la misma, por lo que en este acápite se pasará a establecer una crónica de los hechos dados a conocer a la opinión pública⁶⁴.

En abril de 2008, la cadena Ahumada, junto con hacer pública su política de inversión, que contemplaba abrir una serie de nuevas sucursales tanto en México como en Perú y Chile, debió hacer frente a rumores sobre una posible colusión de fijación de precios concertada con las otras dos grandes cadenas de farmacias existentes en el país - Salcobrand y Cruz Verde -. Frente a estos trascendidos, dicha cadena se defendió argumentando que en el mercado farmacéutico existía una gran competencia - guerra de precios - por entregar los precios más bajos al público, de forma tal que es imposible una colusión entre farmacias destinada a fijar al alza el precio de medicamentos.

Se puede afirmar que esta situación de guerra de precios es normal en aquellos mercados que cuentan con pocos participantes, y en los que día a día buscan captar cada uno el mayor número de clientes para así apropiarse de una mayor cuota del mercado. Por eso es frecuente que recurran a la estrategia de bajar el precio de los productos que se ofrecen al público, lo que en muchas ocasiones conduce a una intensa guerra de posicionamiento de la marca en base al concepto de precio bajo. Así, la estrategia de la empresa es bajar los precios a un nivel tal que le sea imposible a los otros competidores igualarlos. Como los consumidores buscan maximizar sus resultados y minimizar los costos, en virtud del supuesto de homo economicus, los compradores realizan un cotejo de cuál es la farmacia que tiene los precios más bajos y, por consiguiente, compran los

⁶⁴ Se ha basado esta crónica en artículos publicados, desde el año 2008 a la fecha, por los diarios *El Mercurio* y *La Tercera* y en datos contenidos en la página de Internet de la Fiscalía Nacional Económica y del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

medicamentos en la que les resulte más barato. Por tanto, será la farmacia con los precios más bajos la que obtendrá un mayor número de clientes, balanceando de esta forma el mercado a su favor y restándole usuarios a los competidores que no sean capaces de igualar los precios que ésta ofrece al público. De esta forma habrá un punto en que su rival, impedido de bajar los precios al mismo nivel, no podrá seguir compitiendo y terminará cerrando sus puertas por la falta de clientes y por los bajos ingresos.

Una vez que se ha producido el abandono de una de las empresas que estaba compitiendo, ya sea por su quiebra o por que vendió su propiedad, las demás integrantes de la industria pasarán a repartirse la parte del mercado de la empresa derrotada y enarbolarán una bandera blanca de alto al fuego en esta guerra de precios, llegándose así a la tan anhelada paz y al restablecimiento de los patrimonios económicos de sus empresas.

Hay que dejar en claro que esta paz aparece como algo necesario para las empresas que se vieron inmiscuidas en la guerra de precios, debido a que no pueden soportar esta guerra a largo plazo. Las pérdidas financieras son crecientes en esta estrategia agresiva de ofertazos y podrían ser de tal magnitud que dichas cadenas también se verían obligadas a cerrar.

Al momento del término del conflicto de precios, los valores de los insumos ofrecidos al público suben, generalmente con alzas significativas y con el objeto de obtener ganancias para cubrir las pérdidas sufridas por la guerra en que se vieron inmersas.

Es en este momento y ya derrotada una de las empresas competidoras – que abandonó el mercado - puede acontecer que los vencedores se vean tentados a celebrar acuerdos colusión con los demás sobrevivientes de la guerra y fijar precios muy por encima de su costo. Su incentivo es ver una fuente rápida para obtener altos ingresos que podrían considerar como “su botín de guerra”. Sin embargo, es posible que estas alzas de precios no constituyan una labor concertada de las empresas, sino que en vista de la situación de pérdidas financieras provocadas por la guerra de precios ya señalada, cada una por su lado se vea en la necesidad de subir los precios de los productos para paliar el déficit, ya que en este sentido, al no subir los precios, se estaría atentando directamente contra la existencia de las mismas cadenas farmacéuticas.

De todas formas, las prácticas de colusión entre empresas de un mercado oligopólico no son excepcionales en esta industria. Ejemplo de aquello es la acusación de colusión entre farmacias formulada en la primera parte de la década de los 90. En Agosto de 1993, Cruz Verde irrumpe en el mercado de Santiago ofreciendo precios mucho más bajos que los de las demás farmacias, originando una competencia de precios entre las cuatro grandes cadenas farmacéuticas existentes en la época: Ahumada, Cruz Verde, Salco y Brand. La fuerte contienda duró hasta diciembre del mismo año y fue una guerra sin cuartel, en la que sus estados financieros arrojaron grandes pérdidas.

En enero de 1994, las cuatro cadenas comenzaron a subir sistemáticamente los precios de los medicamentos. El hecho no pasó inadvertido para la Fiscalía Nacional Económica, por lo que formuló un requerimiento ante la Comisión Resolutiva Antimonopolio el 18 de abril de 1995. En dicho proceso la Fiscalía Nacional Económica acusó que el alza en los precios que habían experimentado los medicamentos obedecía a un acuerdo entre las cadenas de farmacias Ahumada, Cruz Verde, Salco y Brand. La Fiscalía señaló además que los precios de los insumos se encontraban en un nivel muy bajo, por lo que concertadamente los subieron para recobrar las pérdidas en que habían incurrido.

Este caso tiene un elemento interesante a considerar, ya que si bien Farmacias Ahumada, Salco y Brand negaron la existencia de una colusión, alegando que ambos hechos fueron consecuencia de la férrea competencia en el mercado y que en ningún momento existió acuerdo alguno sobre la baja ni alza de los productos, la cuarta empresa farmacéutica (Cruz Verde) declaró que fue presionada para desistirse de su política de precios bajos, porque se estaba empezando a afectar los patrimonios de las otras cadenas. Según su declaración, *“Cruz Verde señaló que no accedió a lo solicitado por las otras empresas en una reunión realizada el 9 de noviembre de 1993, entre los representantes de las cuatro farmacias y el gerente general de laboratorios Recalin, en la que se planteó la opción de establecer un acuerdo para alzar de precios de ciertos productos”*⁶⁵.

La Comisión Resolutiva en resolución N°432, del 16 de mayo de 1995, revolió que: *“Tal como lo establecía la Fiscalía Nacional Económica en su requerimiento, no existió una concertación en la baja de precios, sin embargo el concierto para alzar los*

⁶⁵ Fuente: Diario La Tercera, martes 31 de marzo de 2009, página 25.

precios a partir del 30 de Diciembre de 1993, se encuentra, además, probado en autos con los antecedentes allegados por el Fiscal Nacional en su requerimiento ya que ellos constituyen una serie de presunciones que son graves, precisas y concordantes, las que, por ende, son suficientes para dar por establecido el hecho a que ellas se refieren”⁶⁶. La comisión en su fallo no estimó que hubiesen existido presiones de algún tipo en contra de Cruz Verde para participar del acuerdo. Esta farmacia fue la única que alegó presiones, señalando que participó en este tipo de conductas por el colapso financiero en que se encontraba en el último trimestre de 1993. “El fallo, sancionó a las Farmacias Ahumada, Salco y Brand, con el pago de \$41 millones de pesos, mientras que Farmacias Cruz Verde fue castigada con sólo \$20,7 millones de pesos, en consideración por la colaboración que esta prestó en el proceso”⁶⁷.

Después de este hecho las relaciones entre las cadenas no quedaron en buen pie, principalmente por la conducta que Cruz Verde asumió durante el proceso. En los años venideros, las cadenas siguieron compitiendo en el mercado por obtener cada vez una mayor participación en éste, en desmedro de las demás cadenas independientes, *“las cuales han experimentado un retroceso muy notorio, alcanzando un número inferior a las 530 en la primera década del año 2000”⁶⁸.*

Hasta el año 2007, no se volvió a hablar sobre posibles acuerdos entre las grandes cadenas de farmacias. Se observaba un mercado plenamente competitivo, en que existía una férrea disputa entre ellas; a través de publicidad, precios bajos, beneficios otorgados a sus clientes (entregados principalmente mediante la compra con una tarjeta de una determinada casa comercial y/o banco).

Sin embargo, dicho año se comienza a agitar nuevamente el mercado de la venta minorista de fármacos, cargada esta vez de fuertes campañas publicitarias incluyendo comparaciones de precios. Esta situación originó una denuncia de Farmacias Ahumada ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por constituir dicha práctica una competencia desleal de farmacia Cruz Verde. Sentencia que falló en su favor.

⁶⁶Fuente:<http://mailweb.fne.gob.cl/db/jurispru.nsf/7032b29e8be7cf5f8425733e005e3c80/54104D7E3465757108256D19000B4CCB?OpenDocument>. Fecha última consulta: 10 de junio de 2010.

⁶⁷ Fuente: Diario La Tercera, martes 31 de marzo de 2009, página 25.

⁶⁸ Fuente: Diario El Mercurio, sábado 28 de marzo de 2009 cuerpo B. Página 5.

6. El requerimiento del Fiscal Nacional Económico.

A continuación se realizará un análisis de los principales elementos que constan en este requerimiento⁶⁹, sintetizando su contenido.

El 9 de diciembre de 2008, fue presentado un requerimiento en contra de las tres cadenas de farmacias más importantes del país (Farmacias Ahumada, Cruz Verde y Salcobrand). Este requerimiento atribuía a las requeridas la realización de una serie de acuerdos que involucraban prácticas de colusión, con el fin de fijar precios altos en treinta y seis categorías de fármacos ofrecidos al público, obteniendo así ganancias superiores a la que hubiesen conseguido en libre competencia. Después de la investigación correspondiente, que consistió en el análisis de 537 medicamentos, el Fiscal llegó a la convicción de que existían efectivamente tales acuerdos entre las requeridas, entre el período de diciembre del año 2007 y marzo del año 2009.

Como ya señalé, desde hace algunos años estas cadenas de farmacias se encontraban en una dura competencia mediante la estrategia de precios bajos y grandes campañas publicitarias, y es en razón de las pérdidas sufridas por esta fuerte competencia de precios que el Fiscal da cuenta que las requeridas firmaron una especie de tregua para poner fin al constante descenso en los precios de los productos y, por consiguiente, de utilidades.

Pero tal como lo afirmó el Fiscal en su requerimiento, *“no podía ser cualquier paz, ya que el solo término de las agresiones no resarciría, al menos en el corto plazo, las pérdidas sufridas por la guerra”*⁷⁰. De esta forma, para obtener mayores ganancias en un breve tiempo, era necesario alzar los precios de los medicamentos que mayormente se habían visto afectados en esta agresiva competencia de precios y los cuales, en su mayoría, correspondían a los de categoría llamados éticos y *notorios*⁷¹.

⁶⁹ Fuente: http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Requerimiento_FNE..pdf. Fecha última consulta: 10 de junio de 2010.

⁷⁰ Fuente: http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Requerimiento_FNE..pdf, página 4. Fecha última consulta: 10 de junio de 2010.

⁷¹ Productos notorios: Son aquellos medicamentos generadores de percepción de precios por ser, común y permanentemente, cotizados por los consumidores y con alto volumen de rotación. Fuente: http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Requerimiento_FNE..pdf, página 3. Fecha última consulta: 10 de junio de 2010.

El método utilizado para determinar qué medicamentos iban a formar parte del acuerdo, según este requerimiento, fue el de elaborar una lista de los que se vieron más afectados por la guerra de precios y decidir entre ellos cuáles integrarían el acuerdo.

Este arreglo se pone en marcha en diciembre del año 2007 con una lista de 62 medicamentos, a los que se agregaron otros 70 en enero del año 2008. En febrero del mismo año, se adicionaron 31 fármacos. En el mes de marzo se agregaron 40 medicamentos más, llegando en abril a 222 productos farmacéuticos con precios acordados.

6.1. Conducta de las requeridas.

El requerimiento indica que el acuerdo colusorio sólo afectó a los medicamentos éticos y principalmente crónicos. Las alzas de precios a que fueron objeto se hizo posible mediante un acuerdo entre las farmacias, ya que la razón del aumento del valor no encuentra su explicación en políticas de precios ni en alza de costos. Obrando de esta forma se eliminó la competencia basada en el precio, situación que se ve clarificada por la política adoptada en materia de publicidad, la cual se enfoca sólo en aspectos relacionados con la calidad del servicio que se presta al público y en promociones de las líneas de productos de belleza y productos de venta libre.

Como se puede apreciar, es la publicidad, en las formas y aspectos señalados, la nueva conducta adoptada por las tres requeridas para competir (según consta en este requerimiento).

El hecho de que el acuerdo colusivo se haya basado en medicamentos éticos y en su mayoría crónicos, radica en que el público, para comprarlos, cotiza en qué lugar se venden más barato. Entonces, si una farmacia tiene los precios más bajos, la demanda se desviará a esta.

6.2. Características de las conductas de las requeridas.

El Fiscal Nacional Económico hace referencia a ciertas características que revistieron las conductas de las demandadas y que en definitiva, concluyeron con la configuración del tipo consagrado en el artículo 3, letra A del Decreto Ley 211. Estas características, de acuerdo al requerimiento, son las siguientes:

6.2.1. Significación, uniformidad y simultaneidad.

Este requerimiento da cuenta que el alza de los 222 productos farmacéuticos fue continua, por cuanto se incrementó su valor en más de una ocasión en porcentajes *significativos* que encarecieron en demasía el valor de cada medicamento.

Estos aumentos se caracterizaron también por su *uniformidad*. Los precios de los medicamentos de la lista del acuerdo que revela la Fiscalía, subieron en las tres cadenas de farmacias en porcentajes idénticos o similares de manera de llegar a un mismo valor.

Por último se señala la *simultaneidad*. Los aumentos en su valor se realizaron en un período de tiempo breve, ya sea produciéndose el mismo día o con uno, dos o tres días de diferencia.

De acuerdo al Fiscal, estos tres rasgos relativos al alza de los precios sólo podrían ser fruto de un acuerdo de colusión.

6.2.2. Los traspasos de ejecutivos.

En el mes de abril de 2007 se comienza a producir un gran movimiento en las empresas requeridas, tanto a nivel de ejecutivos como a nivel de propiedad, principalmente por la venta de su participación en Salcobrand, que las familias Selman y Colodro realizan a Empresa Juan Yarur S.A.C.

El ingreso del grupo Yarur a la industria farmacéutica, un mercado que no conocía mayormente, implicó la necesidad del fortalecimiento de la experiencia referida a este segmento. Es así que ese grupo comienza a reclutar a ejecutivos tanto de Fasa como de Cruz Verde, entre los cuales se encontraba Leonardo Pelroth. Al momento en que Pelroth pasó a formar parte de Salcobrand, aun mantenía una participación accionaría en Fasa, es decir, era dueño de una parte minoritaria de una empresa de la competencia. En base a estos antecedentes el Fiscal deduce la existencia de un acercamiento (mediante el intercambio de ejecutivos) entre las tres cadenas, lo que facilitaría la comunicación para la eventual colusión, según el relato del Fiscal.

6.2.3. Coordinación del mercado.

Era necesario establecer alguna forma para coordinar el alza de los distintos medicamentos que formaban parte del acuerdo. Para esto las empresas requeridas se valieron de las listas de precios de los laboratorios. Estas listas, junto con establecer el valor al que venden un determinado medicamento a la farmacia, contienen los precios de venta al público sugerido (P.V.P.S.)

Estos P.V.P.S. consisten en una sugerencia que los laboratorios realizan a la farmacia y dicen relación con el precio de venta que debería tener un determinado medicamento, para su comercialización al público. Estos precios se determinan considerando un margen de ganancia para las farmacias entre un 20% y un 25% en relación al costo de adquisición del fármaco respectivo.

6.2.4. Aumentos, ganancias y costos.

En los meses que comprendió la investigación de la Fiscalía Nacional Económica, los costos de adquisición de los fármacos, por parte de las empresas requeridas, se mantuvieron constantes. No se registraron variaciones superiores al 1%, por lo que según el Fiscal, se descarta que la existencia de aumento de los costos de adquisición de los fármacos hayan sido una de las razones por la que se produjo el alza de los precios.

Para comprobar esta situación, el Fiscal da como ejemplo la evolución del precio del Folisanin de 5 mg, 30 comprimidos, el cual no sufrió variaciones significativas en su precio adquisición, que hiciera suponer la necesidad de aumentar su valor de comercialización por el alza en su costo de adquisición.

El aumento de precios, de los 222 medicamentos comprendidos en el acuerdo colusorio, alcanzó un 48% promedio, llegando en algunos casos a superar el 100%. Con esta fórmula, las farmacias cuestionadas aumentaron sus ganancias en más de \$27.000 millones de pesos.

6.2.5. El mercado relevante.

Se entiende por mercado relevante “aquél en que respecto de un producto no existe sustituto próximo, tanto en el ámbito espacial como temporal, de manera que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado”⁷².

El Fiscal señala que si bien el mercado de medicamentos a consumidores está caracterizado desde el punto de vista geográfico como local, el hecho de tener establecimientos en todo el país y considerando las políticas de precios, servicios y productos ofrecidos, el mercado relevante estaría conformado por todo el territorio del país. Sin embargo, no sólo el mercado relevante se encontraría acotado al ámbito geográfico, sino que también existiría un mercado relevante respecto de los medicamentos éticos agudos. Estos medicamentos éticos son dictaminados por el doctor a un paciente a través de la prescripción médica, por lo que si a esto se agrega la desinformación en la que se encuentra inmerso el sujeto común, es difícil que se sustituya un medicamento prescrito por el doctor. Por tanto, y en atención a la posibilidad de sustitución, se establece un mercado relevante para cada uno de los productos de la lista de 222 productos.

Así mismo, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha aceptado como *mercado relevante*⁷³, en materia farmacéutica, aquél conformado por medicamentos que contengan un mismo principio activo o una misma finalidad terapéutica.

6.3. Barreras a la entrada en el mercado farmacéutico.

La Fiscalía señala que la presencia de impedimentos que constituyen barreras a la entrada, basadas por ejemplo en la existencia de costos hundidos derivados del coste de infraestructura y obtención de permisos - una inversión de alrededor de \$150 millones de pesos por cada local construido - hacen que sea necesario para el ingreso de un nuevo

⁷² http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Requerimiento_FNE..pdf, página 18. Fecha última consulta: 10 de junio de 2010.

⁷³ En Europa, en materia de libre competencia, la comunicación de la comisión relativa a la definición de mercado referencia (relevante) señala que: Es aquel que comprende a la totalidad de los productos y servicios que el consumidor considera intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o uso. Fuente http://www.cne.es/cne/doc/publicaciones/cne47_06.pdf. Fecha última consulta: 10 de junio de 2010.

contendiente a esta industria, y competir en igualdad de condiciones con los otros participantes un gran capital. A su vez, es imprescindible para rivalizar con las grandes cadenas, la propiedad de 30 o 40 locales, para así acceder a los mayores descuentos otorgados por los laboratorios farmacéuticos y que se relacionan con el volumen de compra.

De esta forma, el cálculo adecuado y necesario que se debe realizar para ingresar y competir en las mejores condiciones en esta industria, es el de multiplicar los \$150 millones de pesos por 30 locales, obteniéndose un resultado de 4.500 millones de pesos -monto mínimo para ingresar competitivamente al mercado- de lo cual resulta que en este mercado existe una alta barrera a la entrada.

Pese a que esta barrera de entrada ha operado como un gran impedimento para el ingreso de nuevos actores, existen casos en que ciertas empresas han intentado ingresar al mercado, como FarmaLider, Farmacias del Dr. Simi y Farmacias del Dr. Ahorro.

6.4. Trasparencia del mercado como mecanismo de colusión.

Si bien la transparencia del mercado es un punto destacable, el Fiscal Nacional Económico señala que esta condición favorece a la colusión debido a la facilidad con que las farmacias pueden monitorear los precios cuando participan de un cartel. Aún más, la existencia de ANACAF⁷⁴ generaría instancias de acercamiento entre las cadenas.

“El monitoreo al que se hace referencia permitió la existencia del acuerdo en el tiempo y el cual se basó en dos mecanismos”⁷⁵:

- A. Cotizaciones periódicas: Fueron realizadas por las cadenas con personal propio o externo.
- B. Monitoreo a través de los laboratorios farmacéuticos: Se operó mediante seguimiento de los precios de venta al público de sus productos en relación a la categoría en que se encuentran y cuyos resultados eran comunicados a las cadenas de farmacias.

⁷⁴ Asociación nacional de farmacias.

⁷⁵ Fuente: http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Requerimiento_FNE..pdf, página 35. Fecha última consulta: 10 de junio de 2010.

6.5. Ganancias obtenidas por las requeridas.

La Fiscalía realizó una estimación de los beneficios económicos que obtuvieron las requeridas, derivados de la práctica de colusión, los que estimó en la suma de \$27.000 millones de pesos para las tres farmacias divididos de la siguiente forma:

Farmacias	Beneficios (Millones de Pesos)
Ahumada	7.616
Cruz Verde	13.107
Salcobrand	6.539

Fuente: Requerimiento contra Farmacias Ahumada, Cruz Verde y Salcobrand. http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Requerimiento_FNE..pdf. Página 38.

Estas ganancias representan un 2,8% de las ventas de Fasa en el año 2007, el 4% de las ventas de Cruz Verde en el 2007 y el 3,1% de las ventas de Salcobrand en el mismo período.

6.6. Peticiones de la Fiscalía Nacional Económica.

Por último, el Fiscal Nacional Económico solicita al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el establecimiento de los siguientes hechos y la adopción de las sanciones y peticiones que se detallan a continuación⁷⁶:

1. Que las requeridas han acordado fijar el alza de precios en la venta de medicamentos que comercializan, impidiendo, restringiendo y entorpeciendo la competencia, en los términos previstos en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, en particular su letra A);
2. En atención al beneficio obtenido con la infracción, la gravedad de la misma y la calidad de reincidente de las infractoras, solicita se condene a cada una de las

⁷⁶ Fuente: http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Requerimiento_FNE..pdf, página 39-40. Fecha última consulta: 10 de junio de 2010.

requeridas al pago de una multa a beneficio fiscal equivalente a 20.000 unidades tributarias anuales, o el monto que este H. Tribunal estime en justicia.

3. Se solicita 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, 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.
4. Se ordene a cada una de las requeridas, abstenerse de contar entre sus ejecutivos con personas que tengan alguna injerencia en la propiedad o la 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.
5. Se condene a cada una de las requeridas al pago de las costas del juicio.

7. **Actitudes de las requeridas frente al requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica.**

La acusación del Fiscal Económico generó inmediatamente que las requeridas comiencen a buscar la estrategia con la que harían frente al requerimiento. Al respecto, la actitud de las cadenas fue distinta. Por una parte, Cruz Verde y Salcobrand, presentaron sus respectivas contestaciones, en las que rechazaron el requerimiento. Por otro lado, Farmacias Ahumada optó por llevar a cabo un acuerdo con el Fiscal Nacional Económico, en el cual reconocía su participación en la colusión, denunciando como participantes del mismo a las otras requeridas, y comprometiéndose a entregar los documentos necesarios que avalaran sus afirmaciones.

A continuación se indagará en las contestaciones de las requeridas, señalando los fundamentos en que basaron sus respectivas defensas y realizando un resumen de su contenido.

7.1. Contestación de Farmacias Cruz Verde.

La postura adoptada por esta cadena de farmacias en su *contestación*⁷⁷, fue la de rechazar todas y cada una de las conductas atribuidas por el Fiscal, negando de esta forma cualquier participación en un supuesto acuerdo colusivo.

Cruz Verde da cuenta en el libelo, que el Fiscal ha incurrido en una serie de supuestos y conjeturas, a las cuales sumó falacias argumentativas que, a su vez, entremezcló con algunos hechos que acontecen en la realidad, todo esto con el fin evidente de vestir de veracidad su relato, que trata principalmente sobre condiciones del mercado como la concentración de esta industria en manos de las requeridas, hecho que es de dominio público.

Según esta defensa, la acusación del Fiscal se sustentaría en el aumento de precio de los 222 productos en los cuales basó su acusación. Esta alza que solo tendría como explicación una colusión. Sin embargo, según Cruz Verde, esta aseveración ha dejado de lado la verdad, puesto que dichas alzas, como lo es de toda lógica económica, se refieren fundamentalmente a recuperaciones de márgenes de ganancias debido al largo período de guerra de precios que llegaba a su término, lo cual implicaba una necesaria normalización de los niveles de precios de los medicamentos y para terminar de esta forma con las pérdidas derivadas de la comercialización de los productos sobre los cuales la guerra versó, no significando ello la obtención de una *renta anormal*⁷⁸.

Al existir un mercado farmacéutico tan competitivo y transparente en la información de los precios de los productos, resulta lógico que si una cadena sube los precios con el fin de intentar recuperar margen de ganancia en una guerra que ya no podía sostenerse, las otras empresas hagan lo mismo, puesto que todas estaban en una situación de desmedro de precios.

⁷⁷ Fuente: <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=1829&GUID=>. Fecha última consulta: 10 de junio de 2010.

⁷⁸ Las rentas anormales se producen porque el precio monopolístico es más alto al costo medio o promedio del bien o servicio. Son anormales por cuanto solo en un monopolio se pueden percibir estas utilidades, debido a que en condiciones de competencia y dentro de la teoría de cero utilidad, el ingreso alcanza solo a pagar los distintos factores de producción que intervinieron en la generación del bien o servicio. Estas utilidades anormales constituyen la renta del monopolista.

La defensa de Cruz Verde, respecto a la alusión que el Fiscal realiza a los laboratorios, en cuanto estos habrían participado activamente en las supuestas conductas anticompetitivas, señala que no se entiende la razón por la cual no se les acusó conjuntamente con las tres cadenas farmacéuticas implicadas.

Farmacias Cruz Verde indica la procedencia de una serie de excepciones perentorias que proceden entablarse frente al requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica.

1. **Excepción de incongruencia procesal:** No existe entre la causa pedir y el objeto pedido una congruencia, debido a que en el requerimiento se solicita que el tribunal declare que se produjo un alza de precios de los medicamentos, sin indicar cuáles eran éstos. Conjuntamente se solicita que se ponga término a los actos de colusión, sin siquiera individualizarlos. En virtud de esto, la defensa de Cruz Verde solicita se deje sin efecto el requerimiento en cuestión, por no cumplir con lo prescrito en el artículo 254 N°5 Código de Procedimiento Civil, o sea, la enunciación precisa y clara, consignada en la conclusión de las peticiones que se sometan al fallo del tribunal.
2. **Excepción de legitimación pasiva incompleta:** Se alega esta excepción por aludirse reiteradamente a la participación de los laboratorios, considerándolos como coordinadores, comisionados en estas conductas colusivas, imputándoles conductas concretas y directas en el acto colusivo.

La contestación hace hincapié en que no existe una conducta colusiva por parte de Cruz Verde, ni tampoco antecedentes en la cronología de sucesos anteriores a la presentación del requerimiento que permitan suponer el ánimo colusivo de la empresa aludida. Aún más, para el Fiscal la presencia de este ánimo se basa en una presunción de alza de precios.

En cuanto a la aseveración de la Fiscalía, referida a la existencia de un mercado relevante de los medicamentos, cuya venta se realiza a través de una receta médica, Cruz Verde señala que no es efectiva la existencia de este mercado relevante; y que en caso que aconteciera, los que tendrían poder monopólico serían los laboratorios, ya que quien prescribe el fármaco es el médico, el cual se ve constantemente abordado e influido por éstos, para que sean sus remedios los que prescriba. Además, la defensa argumenta que

las listas de precios de venta al público sugerido (P.V.P.S.) son prácticas aceptadas en el mercado, sin tener un carácter de ilícitas, como lo quiere hacer ver el Fiscal.

Por su parte, y en relación con las barreras a la entrada a las que se vería afectado este mercado, este hecho es negado en el libelo, puesto que si bien existen dichas barreras, no serían de tamaña envergadura, sino que por el contrario, serían inferiores a las descritas por el Fiscal. Prueba de ello es el ingreso al mercado farmacéutico de las cadenas de farmacias Dr. Simi⁷⁹ y Dr. Ahorro. A su vez la estimación que para instalar una farmacia el gasto en que haya de incurrirse sea de \$150 millones pesos, se controvierte al ver la estrategia adoptada por la cadena Dr. Simi, la cual implementó locales sencillos en zonas residenciales, de alto tráfico e invirtiendo en ello una cantidad muy menor a la indicada por el Fiscal.

En cuanto a la graduación y aumento de la pena a que hace referencia el Fiscal y que solicita al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la contestación indica que esta es improcedente. En efecto el Decreto Ley 211 de 1973 establecía que cuando el delito incida en artículos o servicios esenciales, tales como los correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicina o salud; *la pena se aumentaría en un grado*⁸⁰. Sin embargo, dicho inciso fue derogado con la Ley 19.901 del año 2003, siendo de esta forma, inadecuada su aplicación, así como la solicitud de aumento de la pena.

En relación a los beneficios económicos obtenidos por las requeridas, cuyo monto ascendería a \$27 mil millones de pesos, Cruz Verde no sólo desmiente tal suma, sino que acusa que el cálculo o los fundamentos a partir de los cuales se llegó a este monto no se establecieron en el requerimiento, siendo por tanto, una suma antojadiza y carente de realidad.

Sobre el carácter de reincidentes, Cruz Verde asevera que dicha calificación no procede como agravante, ya que las estructuras societarias de dichas empresas hace 15 años, son completamente diferentes a las actuales.

⁷⁹ En el mes de marzo del 2005, instala su primera farmacia en Santiago. En octubre del 2006 Farmacias Similares festejo su apertura N° 50, teniendo una presencia en las regiones más importantes de Chile. Este ritmo de expansión la ha llevado en el año 2010 a mantener 111 farmacias en todo el país. Fuente página web: <http://www.farmaciasdesimilares.cl/historia.htm>. Fecha última consulta: 10 de junio de 2010.

⁸⁰ Artículo 1, inc final, texto del Decreto Ley de 1973.

Por último y frente a las medidas solicitadas por el Fiscal al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Cruz Verde señala:

1. Respecto de la prohibición de todo contrato o convención entre las requeridas y sus personas relacionadas. Convenio de abastecimiento de medicamentos genéricos:

Cruz Verde hace frente a esta petición calificando como ilegal e inconstitucional el hecho que se ordene la desvinculación de estos ejecutivos de la cadena farmacéutica.

Es ilegal, porque la Fiscalía debió solicitar que se dejara sin efecto el contrato o convención que particularmente resulte contrario a la libre competencia, por tanto, no puede solicitar prohibiciones genéricas, ya que atentan contra los principios de inocencia, libertad y otros.

Es inconstitucional, porque atenta contra el derecho de propiedad y el derecho a desarrollar libremente una actividad económica. Esto se configuraría al no señalar la causa o razón específica de la prohibición que se solicita. Estos derechos sólo se restringen en virtud de una ley o conforme al desarrollo que una ley haga de la garantía, por lo que no puede pedir que se restrinjan ciertos contratos sin una causa.

Respecto a la solicitud de dejar sin efecto el contrato de abastecimiento de productos farmacéuticos genéricos entre Socofar S.A. y Salcobrand, señala la defensa, como punto de partida, que la compañía Socofar S.A. no está requerida. A su vez, pierde fundamento esta petición el hecho de que la Fiscalía atribuya a dicho contrato el ser un medio de comunicación entre los coludidos, en circunstancias que este contrato versa sobre medicamentos genéricos, mientras que los 222 productos sobre los cuales el Fiscal basa su acusación son de marca, por lo que no hay relación entre los medicamentos que son parte del requerimiento y los medicamentos que son parte del contrato de abastecimiento.

2. La prohibición de mantener o contratar ejecutivos de la industria o de sus empresas relacionadas, ordenándose la desvinculación de estos.

Al igual que la anterior, desarrolla una petición genérica, amagando de esta forma el derecho de libertad de trabajo y el derecho de dominio.

La prohibición de mantener ejecutivos de la industria ordenándose la desvinculación laboral, es general, infundada, desmesurada, y no se explica su necesidad.

7.2 . Contestación de Farmacias Salcobrand.

En la misma línea de la defensa de Cruz Verde, la cadena Salcobrand rechaza el requerimiento de la Fiscalía, negando su participación en un cartel destinado a la fijación de precios.

Esta contestación hace hincapié en que la libre competencia no se ve afectada, en el mercado de la venta de medicamentos al detalle, por la actuación de las farmacias en esta industria, y para ello argumenta lo siguiente:

1. Varias de las conductas que se atribuyen son ajenas a las farmacias requeridas y corresponderían, según lo señala la misma Fiscalía, a actuaciones de los laboratorios que suministran los medicamentos a las farmacias.
2. El alza de precios de los medicamentos por parte de Salcobrand no obedece a un acuerdo, sino a una actuación independiente, autónoma, fundada en la lógica comercial.
3. Las conductas específicas que se imputan a Salcobrand como sintomáticas de un acuerdo de alza de precios no son efectivas y son actuaciones lícitas y respetuosas de la libre competencia.
4. La existencia de un mercado con características que favorezcan la factibilidad, continuidad y éxito de un acuerdo de alza de precios, no implica la existencia de dicho una colusión.

Cabe señalar que en abril de 2007, al momento que empresas Yarur adquirió farmacias Cruz Verde, esta nueva administración definió como estrategia el incrementar el margen de comercialización de los productos con márgenes negativos y entre los que se encuentran los productos investigados. Esta situación no contribuyó, tal como lo señala el Fiscal, a un acercamiento entre los competidores, ya que si bien el ingreso de empresas Yarur generó un cambio en el mercado, esto no fue consecuencia de un

acercamiento, sino de la nueva estrategia adoptada. A su vez, el reclutamiento de ejecutivos de la competencia realizado por Farmacias Salcobrand, y el hecho que éstos tengan una participación minoritaria en la propiedad de Fasa, no generó el acercamiento descrito. Aún mas, se plantea esta situación como habitual en el mercado, debido a que dichos ejecutivos tienen experiencias y habilidades adquiridas, que no tienen otros que ingresan por primera vez a la administración, y además, la propiedad que los aludidos tenían en Fasa es insignificante y carente de poder de administración.

En relación al convenio entre Socofar S.A. y Farmacias Salcobrand, para el abastecimiento de medicamentos genéricos, la defensa de ésta última descarta que se haya tratado de una alianza estratégica. Señala que no se entiende calificar a un convenio de abastecimiento, fruto de un proceso de cotizaciones, como una alianza estratégica, ya que este contrato sólo refleja el 4% de las compras de esta farmacia.

En relación a la alza de precios, la Fiscalía sólo señala como única posibilidad la colusión, sin dar lugar a otra posibilidad, como la recuperación de márgenes de utilidad. Sobre estas alzas simultáneas uniformes y significativas, la contestación de esta cadena dice que de acuerdo a la jurisprudencia uniforme de este Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, este tipo de coincidencias que invoca la Fiscalía, no son indicativos de acuerdo o acto alguno que atente contra la libre competencia. A fin de apreciar el error de la Fiscalía es necesario señalar lo siguiente:

1. Los consumidores del mercado farmacéutico son constantes buscadores de precios.
2. En este mercado existe una altísima rivalidad entre los actores, lo que contribuye a que las respuestas frente a las variaciones de precios sean muy rápidas.
3. Existe un alto grado de transparencia en el mercado.
4. Hay una constante guerra de precios entre los actores.

Esta contestación da cuenta que las alzas de precios de medicamentos no han sido siempre significativas y aún más, no lo son si se considera que los 222 medicamentos en que se fundó el requerimiento son algunos de los 470 investigados, a su vez estas variaciones son solo algunas de las 1.500 variaciones de precios del período en cuestión, representando sólo una parte de los 5.000 medicamentos que se venden en las farmacias. Por otra parte, no son significativas si se considera que el alza obedece a que el medicamento respectivo fue afectado previamente por rebajas substanciales de su precio, incluso por bajo su costo de adquisición.

La Fiscalía Nacional Económica ha tomado una muestra estadística parcializada, selectiva y arbitraria, que no representa la realidad del mercado. A su vez no tiene en cuenta que los medicamentos disminuyen su precio, incluso bajo su coste de adquisición y que sin consideración a una baja de este coste, suben también.

La consideración de la Fiscalía sobre la falta de competencia en cuanto al precio, no es un índice de colusión, aun más si se considera que las estrategias competitivas no siempre deben basarse en el precio y que en los mercados no siempre se recurre a este elemento para competir. El hecho de que los actores tengan una estrategia similar no es condicionante de un acuerdo o colusión. El Fiscal hace caso omiso a que dentro del período en cuestión existan dentro de un contexto de colusión, un 4% de los productos investigados con márgenes negativos de venta (menor al precio de costo)

Respecto al punto en que hace referencia a las condiciones del mercado, las que podrían favorecer el éxito de un acuerdo de alza de precios, Salcobrand señala que no hay una de la existencia efectiva del mismo, por tanto, no puede ser considerado como prueba o indicio de conductas en uno u otro sentido. Las características del mercado no son conductas, ni indicios de las mismas, son circunstancias que no son responsabilidad de ninguno de los actores del mercado.

Relacionado a la participación de Salcobrand en la ANACAF, corresponde señalar que la primera no es parte de dicha asociación, por lo que se demuestra la falta de información del Fiscal.

En cuanto a las consideraciones de derecho, el Fiscal considera que se incurrió en la conducta sancionada en la letra A del artículo 3 del Decreto Ley 211, sin embargo, no se indica la existencia de algún acto formal o tácito voluntario que fije precios al alza y por tanto una colusión.

Sobre los beneficios que la supuesta conducta colusiva reportó a las requeridas, se precisa en la contestación que el perjuicio a que ha hecho referencia el Fiscal y que se pudo haber ocasionado a los consumidores, se denomina renta monopólica. Esta es la aquella parte del precio que excede las utilidades normales de la empresa y no la mera alza de precios, por lo que en el caso guarda relevancia ya que la alza es una recuperación de márgenes de comercializaciones de los productos.

Respecto al carácter de reincidente, esta situación no es tal, debido a que en el año 1994 las empresas sancionadas, Farmacias Salco y Farmacias Brand (además de Cruz Verde y Farmacias Ahumada) aún no se encontraban fusionadas, es decir, en ese momento se trataba de dos compañías independientes. De la misma forma, la actual sociedad Salcobrand S.A., es una sociedad constituida recientemente por los nuevos dueños, empresas Yarur, con nueva dirección y una nueva administración, enteramente desvinculada de la anterior.

8. Fasa y la Fiscalía Nacional Económica: Presentación de una conciliación.

Con fecha 23 de marzo de 2009 se presenta ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia un escrito, mediante el cual la Fiscalía Nacional Económica y Farmacias Ahumada solicitan conjuntamente que se llame a conciliación, según lo dispuesto en el artículo 22, inciso 1, del Decreto Ley 211.

Esta solicitud tuvo un elemento particular, ya que no sólo eran dos partes contrarias en el proceso que solicitaban el llamado a conciliación, sino que en el primer otrosí de la presentación se acompañaba un *acuerdo de conciliación*⁸¹ entre las partes ya mencionadas, solicitando al Tribunal su aprobación. Para fundamentar la validez de dicho acuerdo alcanzado, se acompaña en el segundo otrosí, un informe en derecho de **Domingo Valdés Prieto**.

El día miércoles 24 de marzo de 2009, apareció en los diarios de circulación nacional bajo el rotulo de “sorpresivo”, el acuerdo extrajudicial alcanzado entre el Fiscal Nacional Económico y Fasa, y a través del cual ésta última reconoció una concertación con algunos laboratorios y con las demás requeridas, para alzar coordinadamente los precios de algunos medicamentos en el período que va desde noviembre del año 2007 a marzo del año 2008.

Fasa, en declaraciones vertidas a los medios de comunicación, expresa 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*

⁸¹ Véase anexo acuerdo conciliatorio.

conocimiento de la Fiscalía”⁸². Así mismo, Fasa se compromete a colaborar con la Fiscalía aportando todos los antecedentes necesarios para esclarecer el caso y que se encuentren a su poder.

Las respuestas de las otras requeridas no se hicieron esperar, por lo que el día 25 de marzo emitieron, separadamente, una declaración pública.

Farmacias Salcobrand, en una declaración de 3 puntos, expresó lo siguiente:

1. *“Con indignación nos hemos informado del acuerdo de Fasa con proveedores de la industria farmacéutica con el fin de alzar coordinadamente los precios, reconocido en documento acompañado al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por esta cadena. Condenamos tajantemente esta conducta que atenta contra los principios más elementales de la libre competencia.*
2. *Negamos categóricamente la acusación vertida por Fasa, que pretende involucrarnos en dicho acuerdo. Salcobrand no ha tomado parte en modo alguno de este ilícito.*
3. *Los dichos de Fasa respecto de Salcobrand son una infamia que no estamos dispuestos a dejar pasar, pues daña injustamente la reputación de una empresa cuyo mayor patrimonio es su prestigio y credibilidad frente a sus clientes*”⁸³.

Por su lado Farmacias Cruz Verde señalaba en su comunicado:

“Que no hemos coordinado precios ni con Farmacias Ahumada ni con Salcobrand. Desconocemos las motivaciones que indujeron a Farmacias Ahumada para afirmar que hubo coordinaciones de precios, visión que no compartimos. Farmacias Cruz Verde determina los precios de sus productos en forma autónoma e independiente, considerando las distintas variables del mercado: precios diarios de la competencia, costos de los productos, estacionalidad, promociones, ofertas y también los precios de venta al público sugerido por los laboratorios, entre otras”⁸⁴.

Este mismo día 25 de marzo se dicta, por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, una resolución por el cual se resuelve la solicitud de llamado a

⁸² Diario El Mercurio, 25 de marzo de 2009, cuerpo B, sección Economía y Negocios, página 2.

⁸³ Diario El Mercurio, 25 de marzo de 2009, cuerpo B, sección Economía y Negocios, página 2.

⁸⁴ Diario El Mercurio, 25 de marzo de 2009, cuerpo B, sección Economía y Negocios, página 2.

conciliación y se cita a todas las partes a una audiencia el día 1 de abril de 2009 a las 10:30 horas.

A su vez, Fasa defiende a sus altos ejecutivos señalando que es práctica común, dentro de la empresa, que estos no se encuentren informados de la evolución de los precios medicamentos por medicamento, sino que conocen de aquellas variaciones en forma agregada, por lo que se les hizo imposible conocer de los aumentos de precios de los 222 medicamentos en cuestión.

En un documento aportado por Fasa a la Fiscalía, se observa el mecanismo seguido por las cadenas en la subida de los precios: *“Una cadena de farmacias (habitualmente Salcobrand) subía el primer día los precios de un conjunto de medicamentos de la lista pactada. Al segundo día cada una de las otras cadenas de farmacias (generalmente Fasa y Cruz Verde) alzaba el precio de un subconjunto (cerca de la mitad) de los medicamentos de la misma lista, y, al tercer día, estas otras dos cadenas subían respectivamente los precios del subconjunto restante, cuyos precios no habían aumentado el día anterior. Al tercer día hábil, los precios se habían alineado al alza en las tres cadenas”*⁸⁵.

Este acuerdo produjo un repudio general de la población, dando paso a acciones criminales, como avisos de bomba y ataques a farmacias. El descontento se hizo sentir por todos lados. Los medios de comunicación se dedicaban largos y constantes reportajes a la colusión, creando de esta forma la sensación en la población de la participación y la culpabilidad de los involucrados, sin detenerse a esclarecer que el proceso estaba recién iniciándose y que faltaba más de un año para el pronunciamiento de la sentencia definitiva del Tribunal de Defensa de la Libre competencia.

En torno a esto es necesario preguntarse ¿Qué reacción tendría la ciudadanía si la sentencia del tribunal fuera de rechazar el requerimiento? Lo más probable es que la mayoría de la población, pese a la sentencia en el sentido señalado, continuase culpando a las cadenas farmacéuticas.

Las querellas en la judicatura común aumentaban día a día en contra de las requeridas, por ejemplo *“el día 30 de marzo de 2009 se presentó en el séptimo juzgado*

⁸⁵ Diario El Mercurio, 25 de marzo de 2009, cuerpo B, sección Economía y Negocios, página 2.

*de garantía de Santiago, una querrela por aumento fraudulento del precio de los medicamentos y por asociación ilícita. Esta querrela fue presentada por la Confederación de Funcionarios de Salud Municipalizada (CONFUSAM), el Colegio de Matronas y parlamentarios de la comisión de salud, entre los cuales se encontraban los diputados Guido Girardi y Gabriel Silver. Al mismo tiempo, se presentó una demanda colectiva por infracción a la Ley del Consumidor, patrocinada por el grupo de abogados Problemas.cl*⁸⁶.

El revuelo no sólo se produjo en la sociedad, sino que al interior del directorio de Fasa el grado de bullicio no era menor. Falabella y las AFP Cuprum, Planvital, Habitat y Provida, las que suman en conjunto un 30% de la propiedad de Fasa, hacen público, a través de los distintos medios de prensa, su malestar tanto sobre la acusación de colusión como del hecho de no verse informadas sobre las tratativas con la Fiscalía y con lo que terminó con el acuerdo extrajudicial. A su vez pidieron la salida del vicepresidente de Fasa, Alejandro Roseblatt.

De esta forma y en medio de toda esta controversia mediática, se llegó a la audiencia de conciliación.

9. Las audiencias de conciliación.

La aprobación del acuerdo presentado por Fasa y la Fiscalía se realizó en dos audiencias, las cuales se detallan a continuación.

9.1. Primera audiencia de conciliación.

Esta *audiencia*⁸⁷ se fijó para el día primero de abril. Se inició a las 10:30 de la mañana y se encontraban presentes, además de los ministros de tribunal, los abogados de las tres farmacias requeridas y el Fiscal Nacional Económico.

La Fiscalía hace presente, según consta en el acta de dicha audiencia, su interés de conciliar con Fasa en los mismos términos del acuerdo que se acompañó conjuntamente

⁸⁶ Diario La Tercera, 31 de marzo de 2009, página 23.

⁸⁷Fuente:<http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Audiencia%20de%20Conciliacion%2001%20de%20abril%20de%202009.pdf>. Fecha última consulta: 10 de junio de 2010.

con la solicitud de llamado a conciliación. Fasa por su parte, ratifica dicho interés señalado por el Fiscal, en cuanto a conciliar.

Tras la reproducción del contenido de dicho acuerdo, se concede la palabra a Farmacias Cruz Verde y Salcobrand, las que rechazan tanto las imputaciones de colusión realizadas a través del requerimiento, como en el documentado presentado como acuerdo de conciliación, cuestionando la validez del mismo. Con esto se suspende la audiencia, quedando por resolver la propuesta de conciliación planteada.

El tribunal, mediante resolución del 2 de abril de 2009, resuelve lo siguiente: *“Que debe precisarse el sentido y alcance de algunos de los términos en los que está planteado el contenido del acuerdo conciliatorio. En efecto, para resolver la aprobación de la conciliación entre la FNE y FASA, se requiere aclarar que el pago monetario al que pretende quedar obligada la parte de Fasa es una multa-cuya aplicación es facultad privativa de este tribunal-, y que por ende supone reconocimiento de responsabilidad por hechos constitutivos de infracción a las normas sobre protección de la Libre Competencia materia de autos”*⁸⁸.

En virtud de lo señalado, el tribunal llama a las partes a una nueva audiencia de conciliación, para el 9 de abril de 2009 a las 10:30 horas.

9.2. Segunda audiencia de conciliación.

El 9 de abril de 2009 se llevó a efecto esta *segunda audiencia*⁸⁹, la cual tenía por objeto precisar el sentido y alcance de los términos del acuerdo conciliatorio ya presentado.

El acuerdo conciliatorio presentado por la Fiscalía y Fasa, contenía una cláusula por la cual Fasa se obligaba a pagar una suma de dinero a beneficio social. Respecto a esta suma de dinero y la naturaleza de dicho pago, es que se produce el siguiente dialogo en esta audiencia: *“El presidente del Tribunal consulta a la Fiscalía y a Fasa si aceptan que el pago monetario a que se obliga Fasa sea una multa a beneficio fiscal. El señor Fiscal económico responde que sí, es una multa. La abogada de Fasa, doña Nicole*

⁸⁸ Santiago dos de abril del año 2009, considerando tercero, causa Rol C N°184-08, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Fojas 586.

⁸⁹Fuente:<http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Acta%20Audiencia%20de%20Conciliacion%20del%2009%20de%20abril%20de%202009.pdf>. Fecha última consulta: 10 de junio de 2010.

*Nehme Zalaquett, contesta que es el espíritu de las partes que ese pago equivalga a una multa. El señor presidente del Tribunal señala qué entonces es un multa”.*⁹⁰ Posteriormente se pregunta a Fasa si reconoce haber participado en los hechos descritos en el requerimiento, a lo cual responde afirmativamente.

Con esto se pone término a la audiencia quedando de resolver el tribunal dicho acuerdo de conciliación.

La aprobación de este acuerdo por parte del tribunal, se concreta con la resolución del día 13 de abril del 2009: *“Se revuelve aprobar la conciliación alcanzada por el Sr Fiscal Nacional Económico y la requerida Farmacia Ahumada S.A, en los términos de las audiencias de conciliación celebradas con fecha 1 y 9 de abril”*⁹¹.

Este beneficio social a que se obliga Fasa, se basa en un sistema de compensación a sus clientes. Es así que a mediados de abril, Fasa hace público este sistema beneficiando a aquellas personas que se hubieran visto afectadas por estas prácticas anticompetitivas reconocidas en el acuerdo conciliatorio.

Esta situación de beneficios, que involucraban importantes descuentos en la compra de medicamentos, conllevó a una nueva competencia de precios entre los actores. De esta forma, cada uno de ellos ofrece distintos descuentos como forma de no perder participación en el mercado frente a la baja en los precios de los medicamentos realizada por Fasa.

10. Reacción de las otras requeridas frente a este acuerdo.

El acuerdo alcanzado por Fasa transformó absolutamente el esquema procesal que las requeridas se plantearon en un principio. Esto gatilló una respuesta enérgica en los medios de comunicación de ambas cadenas, Cruz Verde y Salcobrand, no solo reforzando su tesis de inocencia ante los actos de colusión que les fueron atribuidos por el Fiscal, sino que también discutiendo la legalidad del acuerdo de conciliación

⁹⁰<http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Acta%20Audiencia%20de%20Conciliacion%20del%2009%20de%20abril%20de%202009.pdf>, pagina 1. Fecha última consulta: 10 de junio de 2010.

⁹¹ <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=1829&GUID=>. Fecha última consulta: 10 de junio de 2010.

alcanzado entre Fasa y la Fiscalía. Es de esta forma que surge el gran cuestionamiento a este acuerdo conciliatorio y lo que involucró en este proceso.

IV. Capítulo tercero:

Análisis y crítica del acuerdo conciliatorio

1. Consideraciones previas.

Este acuerdo conciliatorio, suscrito por la Fiscalía Nacional Económica y Fasa el día 13 de marzo de 2009 y aprobado por resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el día 13 de abril del mismo año, adolece de una serie de vicios, que dicen relación con su naturaleza, su procedencia y las facultades del Fiscal Económico para arribar a un acuerdo con alguno de los intervinientes en el proceso, por lo cual en este capítulo se realizarán una serie de críticas a este documento en cuestión.

Sin embargo, previo a iniciar este análisis es necesario efectuar ciertas consideraciones, de manera tal de desarrollar un adecuado entendimiento de los razonamientos que en los puntos sucesivos se señalarán. Razón por la cual, hay que advertir que este acuerdo se realizó bajo la vigencia del Decreto Ley 211, modificado por la Ley 19.901 del año 2003. Debido a esto, dicho acuerdo no se rige por la ley 20.361, que modifica este Decreto Ley 211 y cuya entrada en vigencia se produce en julio del año 2009. Esta salvedad se realiza por cuanto esta ley entrega una serie de nuevas facultades al Fiscal Económico, que le confieren mayores atribuciones, principalmente para suscribir acuerdos, introduciendo además la figura de la delación compensada.

2. Contenido del acuerdo conciliatorio.

De este acuerdo consta que *“Fasa se ha acercado voluntariamente a la Fiscalía Nacional Económica al verificar ciertas irregularidades en la investigación que ésta realizó con motivo del requerimiento”*⁹².

*“Por este acuerdo Fasa reconoce que”*⁹³:

- A. La industria de las farmacias se ha caracterizado por una intensa guerra de precios entre las grandes cadenas, lo cual condujo a Fasa a reducir los precios de un

⁹² Anexo acuerdo conciliatorio, página 1.

⁹³ Anexo acuerdo conciliatorio, páginas 1 y 2.

conjunto de medicamentos de tal manera, que en varios casos, no alcanzaba a resarcirse el costo directo de adquisición de los mismos.

- B. En este contexto, en noviembre de 2007, algunos ejecutivos mantuvieron contacto con sus pares pertenecientes a ciertos laboratorios, con el objeto de reducir los costos de compra. Es en virtud de estas conversaciones que se transmitió a los ejecutivos de Fasa la proposición de alzar coordinadamente los precios en un grupo de medicamentos en las tres grandes cadenas de farmacias.
- C. Que dichos ejecutivos aceptaron participar en un mecanismo de alza de precios coordinado con su competencia.
- D. Que la implementación de este mecanismo se logró en un corto plazo y por el cual los precios de los medicamentos subieron en un valor casi idéntico en los locales de las tres cadenas de farmacias (Farmacias Ahumada, Cruz Verde y Salcobrand).
- F. Que este mecanismo se aplicó durante el periodo de noviembre de 2007 a marzo de 2008.

“Fasa a su vez declara y se compromete a”⁹⁴:

- A. Que ni la vicepresidencia ejecutiva ni su directorio tuvieron jamás conocimiento de tales hechos, ni los consintieron ni instruyeron.
- B. Que Fasa ha decidido cooperar con la Fiscalía Nacional Económica, habiéndole aportado, de manera espontánea, antecedentes serios acerca de la existencia de tales hechos.
- C. Fasa se compromete a aportar todos los antecedentes que puedan estar en su poder para ayudar al esclarecimiento de los hechos.
- D. Fasa se obliga a pagar a “beneficio social” la cantidad de 1.350 UTA, al Fisco de Chile.
- E. Fasa se obliga a elaborar un código interno, por medio del cual buscará desincentivar toda conducta que considerarse contraria a la normas de libre competencia.
- F. Se obliga Fasa a prohibir a sus ejecutivos mantener la propiedad o participación directa o indirecta, en las otras requeridas.

A su vez, y en base a lo reconocido por Fasa, ” *la Fiscalía Nacional Económica deja sin defecto y renuncia a las peticiones formuladas en su requerimiento en relación*

⁹⁴ Anexo acuerdo conciliatorio, páginas 2 y 3.

a esta cadena, así como también respecto de sus directores, administradores, ejecutivos y trabajadores”⁹⁵.

3. Naturaleza, análisis y crítica del acuerdo conciliatorio.

Este acuerdo en cuestión se ha rotulado bajo un nombre que revela el hecho de haber sido fruto de una conciliación. Es por esta razón que el primer punto a analizar es ¿Qué es una conciliación?

La conciliación “*es un acto jurídico procesal bilateral en virtud del cual las partes, a iniciativa del juez que conoce un proceso, logran durante su desarrollo ponerle fin por mutuo acuerdo*”⁹⁶.

Es conveniente diferenciar la conciliación de la transacción. Ésta se encuentra definida en el Código Civil, el cual señala que “*es un contrato por el cual dos o más partes ponen término a un litigio pendiente o precaven uno eventual*”. La doctrina agrega a este concepto que además es necesario que las partes se realicen prestaciones mutuas.

La diferencia entre ambas reside en la sede ante la cual se realiza. La transacción acontece en un ámbito extrajudicial, mientras que la conciliación procede en sede judicial, es decir, al interior del proceso.

La conciliación “*es un equivalente jurisdiccional, por cuanto evita la continuación del juicio, sustituyendo a la sentencia que necesariamente debería recaer en el juicio en caso de no producirse el avenimiento*”⁹⁷. Es por tanto una forma de resolución de conflictos.

Por su parte, el C.P.C, en su libro segundo, título II, artículos 262 y siguientes, contempla la institución de la conciliación. Precisamente en el artículo 262 señala que: “*El juez llamará a las partes a conciliación y les propondrá personalmente bases de arreglo*”. A continuación, el artículo 263 establece: “*El juez obrará como amigable*

⁹⁵ Anexo acuerdo conciliatorio, página 4.

⁹⁶ Colombo Campbell, Juan, “Los actos procesales”, tomo 2, editorial jurídica de Chile, 1997, página 404.

⁹⁷ Fuente: <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Informe%20en%20derecho%20sobre%20Conciliación%20D.%20Valdés.pdf>. Fecha última consulta: 10 de junio de 2010.

componedor. Tratará de obtener un avenimiento total o parcial en el litigio. Las opiniones que emita no lo inhabilitan para seguir conociendo de la causa.”

Estas normas se refieren a que el impulso del llamado de la conciliación corresponde al juez y es sobre las bases que él establezca, que se resolverá el conflicto y que se pondrá término a este. El juez tiene una participación activa en esta forma de solución de conflicto, instando a las partes a resolver la controversia y estableciendo los puntos a través de los cuales se logren satisfacer las pretensiones divergentes.

Ahora bien, en la legislación de la libre competencia, la conciliación se encuentra recogida en el Decreto Ley 211, artículo 22, el cual señala *“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.”* A continuación establece: *“acordada una conciliación, el tribunal se pronunciara sobre ella dándole su aprobación, siempre que no atente contra la libre competencia”*.

La conciliación no es absoluta, tiene límites, tanto en sede procesal civil, como en la legislación de la libre competencia, los cuales se encuentran fijados por la competencia específica del tribunal. *“Ello significa que las partes sólo pueden autocomponer, por la vía de la conciliación, las pretensiones y contraprestaciones debatidas sin poder hacer concesiones ajenas a los sustentos del juicio”*⁹⁸.

Sin embargo, este no es el único límite que tiene la conciliación. Esta forma autocompositiva para poner término a un procedimiento sólo puede proceder cuando el litigio se refiere a intereses que sean disponibles.

Ahora bien, el acuerdo presentado por Fasa y la Fiscalía, es cuestionable en cuanto a si se trata propiamente una conciliación o es algún acto distinto, por lo mismo se analizará desde las siguientes perspectivas:

A. Procedencia de la conciliación en la legislación antimonopolios.

La conciliación involucra un acuerdo bilateral de las partes por el cual renuncian a ciertos intereses a fin de acordar una solución al conflicto. Las partes en esta conciliación son Fasa por un lado, como sujeto pasivo de la acción, y por otro la Fiscalía

⁹⁸ Colombo Campbell, Juan, “Los actos procesales”, ob cit. página 497.

Nacional Económica, como sujeto activo. La Fiscalía es un representante del interés general de la colectividad, la cual debe velar porque los intereses de cada uno de sus integrantes no se vean afectados por las prácticas anticompetitivas.

Hay que tener presente que el derecho de la libre competencia forma parte del orden público económico, por lo mismo se puede decir que: *“Las pretensiones procesales⁹⁹ que deberán ser satisfechas por el tribunal antimonopolico mediante una sentencia, arrancan de conflictos intersubjetivos, que siempre son de orden público; de allí que resultan indisponibles las mencionadas pretensiones, no resultando eficaces las transacciones, avenimientos o desistimientos referidos a tales pretensiones¹⁰⁰”*.

Como he señalado, una conciliación requiere que los intereses involucrados en un proceso sean disponibles, ya que sólo de esta forma las partes podrán renunciar a todo o parte de este interés, en pos para alcanzar un acuerdo y así poner término al litigio. En materia de libre competencia tanto los conflictos intersubjetivos como los intereses involucrados en los mismos son de orden público y por tanto indisponibles, de manera tal que malamente el Fiscal Nacional podrá renunciar a su labor persecutoria en defensa de estos intereses si estos son irrenunciables e indisponibles, por lo que la disposición de los mismos se encuentra prohibida para el Fiscal Nacional Económico. Aún más, si se pensase que estos intereses podrían ser sujetos a una disposición por la Fiscalía, sería necesario que previamente una ley establezca dicha posibilidad, pero del análisis del Decreto Ley 211, a la luz de la modificación introducida por la Ley 19.901, esta facultad no se le ha conferido. Que las materias sometidas al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sean de orden público, no se trata sólo de una creación doctrinaria, sino que también la jurisprudencia de este tribunal ha señalado que las normas de libre competencia son de orden público y por tal carácter, irrenunciables.

A fin de fundamentar aún más este punto, es que también cabe analizarlo desde la perspectiva que involucra la renuncia de un derecho.

La renuncia de un derecho se encuentra establecido en el Código Civil, en el artículo 12, el cual da cuenta que: *“Podrán renunciarse los derechos conferidos por las*

⁹⁹ Es la voluntad manifestada por un sujeto, de obtener del órgano jurisdiccional que recoja y examine una pretensión extraprocesal resistida y la satisfaga plenamente si está fundada en el ordenamiento jurídico. Valdés Prieto Domingo, “Libre competencia y monopolio”, pie de página 591.

¹⁰⁰ Valdés Prieto, Domingo, “Libre competencia y monopolio”, ob cit, página 591.

leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia.”

El Fiscal, en cuanto representante del interés general de la colectividad, al abdicar a un derecho, está vulnerando esta norma citada. La renuncia solo procede cuando mira al interés individual del renunciante, hecho que no acontece al arribar a este acuerdo con Fasa, comprometiéndose de esa manera a no continuar la persecución del ilícito respecto de esta cadena de farmacias.

B. Carácter de la expresión “no atente a la libre competencia” contenida en el artículo 22 del Decreto Ley 211 y su relación con el acuerdo.

Anteriormente se señaló que la conciliación no procede respecto de derechos o intereses indisponibles. Siendo esto acertado, ¿Porque el texto del Decreto Ley 211 establece en su artículo 22 que el tribunal podrá llamar a las partes a conciliación?

Para poder responder a esta interrogante es necesario indagar en las razones por las cuales se introdujo la conciliación como parte del proceso contencioso, regulado en los artículos 20 y siguientes de este Decreto Ley 211. Por lo mismo se debe analizar las actas de discusión del proyecto de ley 19.901.

En efecto, cuando se discutió en el Congreso Nacional el articulado de esta ley que modifico el DL 211 de 1973, respecto al artículo 17 letra G, se realizaron una serie de indicaciones y en especial la siguiente:

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

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

Luego de escuchar a los señores representantes del Ejecutivo acerca de la utilidad de esta actuación en los procesos de que se trata, convinieron en mantenerla, pensando en aquellos casos en que la controversia involucre solamente a las partes, y el acuerdo a que se pueda llegar no implique consecuencias para terceros o para el mercado en términos de afectar la libre competencia¹⁰¹.

De esta acta se desprende que la intención del legislador al momento de establecer la conciliación dentro del ámbito de la legislación antimonopolio, se refería a aquellos litigios en que los intereses o derechos involucrados solo miran a las partes involucradas en el, no afectándose a terceros ajeno al proceso.

Una conciliación se aprobará por el tribunal cuando esta “no atente a la libre competencia”. Sin embargo es necesario señalar, tal como lo establece **Valdés**, que: *“Siempre la conciliación atentará contra la libre competencia por el mero hecho de que las partes en litigio dispongan de un bien que compromete a todos los actores del respectivo mercado relevante y si no ocurre así es porque esa materia no corresponde a la libre competencia y, por tanto, el tribunal es incompetente para conocer de ella”¹⁰².*

La conciliación, al ser una institución que involucra la existencia de intereses privados y la disponibilidad de los mismos, atentará siempre contra la libre competencia, no obstante lo que establece el artículo 22 de este Decreto Ley, al señalar: “Acordada una conciliación, el Tribunal se pronunciará sobre ella dándole su aprobación, siempre que no atente contra la libre competencia”.

Por esto, se puede señalar que en definitiva existe una contradicción entre la introducción de esta figura de la conciliación con los principios inspiradores de este derecho a la libre competencia, así como con los principios que rigen al DL 211, siendo por tanto una figura que debería excluirse, aún más por la modificación que la Ley 20.361 realiza a este Decreto Ley al introducir la figura de la delación compensada.

Este acuerdo conciliatorio no es válido, porque con este se está vulnerando el espíritu que el legislador tuvo a la vista, al momento de introducir la figura de la conciliación en esta legislación.

¹⁰¹ Indicación 64 al proyecto de ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre competencia, boletín N°2944-03, indicaciones al 04.11.02, página 15.

¹⁰² Valdés Prieto Domingo, “Libre competencia y monopolio”, ob cit, página 592.

C. Acuerdo como confesión.

Un punto importante consiste en los dichos y hechos reconocidos por Fasa en este documento.

La doctrina especialista en libre competencia ha estado dividida en cuanto al carácter de este acuerdo. Unos señalan que es una delación compensada, otros una conciliación y una parte minoritaria señala que este acuerdo es en el fondo una transacción extrajudicial aprobada judicialmente. No obstante aquello, se está en presencia de un acuerdo que lleva inserto una confesión de Farmacias Ahumada, por el cual reconoce su participación en el establecimiento de un mecanismo de alza de precios de ciertos medicamentos.

Teniendo en cuenta dicho carácter, se hace necesario referirse a las normas que el C.P.C. establece sobre la confesión. Su artículo 398 contempla a la confesión extrajudicial, a la cual le otorga como valor probatorio, ser base de una presunción judicial. A su vez, si esta confesión se prestó en presencia de la parte que la invoca, se estimará siempre como presunción grave para acreditar los hechos confesados. De esta forma, si se estimase que este acuerdo conlleva una confesión, entonces esta por sí sola no bastaría para acreditar los hechos confesados en la misma.

Respecto a las declaraciones realizadas en el acuerdo por Fasa, se puede dar por sentado que dichas expresiones son vagas, ya que no establecen a ciencia cierta cuál es la conducta que atentó a la libre competencia, ni como se realizó dicha infracción. Aún más, no da a conocer cuales personas participaron en este acuerdo ni cuál fue su papel, ni se acompañaron las pruebas necesarias para fundamentar los dichos.

El Código de Procedimiento Civil señala que la confesión debe ser en términos claros y precisos, por lo que si este acuerdo fuera una confesión, las expresiones vertidas en el carecen totalmente de dicha características. Para constatar esta situación es necesario referirse al acuerdo en cuestión, citando textualmente:

*“Que en ese contexto algunos ejecutivos de Fasa mantuvieron contactos personales con ejecutivos de algunos laboratorios”*¹⁰³. ¿Cuáles ejecutivos de Fasa? ¿Cómo fueron estos contactos? ¿Con cuáles laboratorios?

*“Que en el marco de dichos contactos esos ejecutivos de Fasa recibieron y en algunos casos elaboraron información y aceptaron participar en un mecanismo de alza de precios”*¹⁰⁴. ¿Qué información? ¿En qué consistió este mecanismo? No se explica a cabalidad.

*“Que Fasa decidió cooperar con la FNE, habiéndole aportado, de manera espontánea, antecedente serios de la existencia de tales hechos”*¹⁰⁵. ¿Qué antecedentes?

Esta declaración, desde el punto de vista de una confesión, es incompleta, imprecisa y oscura. No señala cuales ejecutivos mantuvieron contactos, que antecedentes se entregó a la FNE- si es que se entregaron- ni que laboratorios habrían participado, de esta forma, no se cumple con los requisitos que debe tener una confesión.

D. Eximición de responsabilidad a Fasa por la conducta colusiva.

El acuerdo conciliatorio, en relación a esta eximición de responsabilidad, señala lo siguiente: *“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 hubieran tenido tales calidades a la época de ocurrencia de los hechos ventilados en autos”*¹⁰⁶.

Esta cláusula del acuerdo permite eximir de responsabilidad a toda persona, sea director administrador u otra, sobre la conducta de colusión denunciada por el Fiscal y confesada por Fasa. Ahora bien, la formula en que esta cláusula se encuentra redactada, es en términos genéricos, de manera tal que podría ser alegada por cualquier miembro de Fasa.

El punto en cuestión es ¿Qué sucedería si del resultado del proceso se establece que Fasa no sólo actuó como un partícipe mas del acuerdo en la alza de precios de los

¹⁰³ Anexo acuerdo conciliatorio, página 2.

¹⁰⁴ Anexo acuerdo conciliatorio, página 2.

¹⁰⁵ Anexo acuerdo conciliatorio, página 3.

¹⁰⁶ Anexo acuerdo conciliatorio, página 5.

medicamentos sino que fue quien ideó la colusión? ¿Es ajustado a derecho eximirlos de toda responsabilidad por el hecho punible?

La respuesta a estas interrogantes es clara; no es ajustado eximirlos de responsabilidad. La razón es simple, el obrar de la forma que establece el acuerdo conciliatorio se eximiría de responsabilidad al autor de un delito, respecto del cual necesariamente para la configuración del tipo requiere de una conducta dolosa, como lo es una colusión. Esta conducta dolosa consiste en la maquinación fraudulenta de las requeridas, para obtener ganancias vulnerando a la libre competencia. De este modo, si se le exime de responsabilidad, se permitiría a Fasa aprovecharse de su propia conducta dolosa, beneficiándose impunemente con este acuerdo de un hecho sancionado por ley.

E. Multa como beneficio social.

Este acuerdo conciliatorio establece que Fasa se obliga a pagar a beneficio social la suma de 1.350 UTA al Fisco de Chile.

En la audiencia del día 9 de abril de 2009, se produce un diálogo entre el Tribunal y la FNE y Fasa, respecto a si el pago monetario a que se obliga esta última, es o no una multa a beneficio Fiscal. La Fiscalía contesta sí, es una multa, mientras que Fasa responde “*Es el espíritu de las partes que ese pago equivalga a una multa*”. Este diálogo terminó con la palabra del presidente del tribunal señalando “*entonces de una multa*”. Este simple diálogo amerita algún análisis para dejar claro algunos aspectos.

Al respecto cabe cuestionarse ¿Es lo mismo que el monto que se obliga a pagar Fasa equivalga a una multa a que sea una multa? ¿Es lo mismo que el monto que paga Fasa sea a beneficio social que a beneficio Fiscal?

Como primero punto es necesario dejar en claro que no es lo mismo un pago que sea una multa a que equivalga a una multa. La aplicación de una multa es una atribución exclusiva del Tribunal, conferida explícitamente en el artículo 26 letra C, del DL 211 y cuya aplicación supone la existencia de una sentencia definitiva recaída en el proceso en la cual se acredita la responsabilidad por parte del sujeto pasivo de la acción y al que consecuentemente se le aplica una multa.

El Fiscal y el Tribunal señalan que es una multa, sin embargo, para la abogada de Fasa, Nicole Niehme, es equivalente a una multa. Esta situación es una discrepancia importante, puesto que implica, en caso que se considere una multa, que sea una condena por un atentado a la libre competencia y por lo mismo la atribución de responsabilidad. Por otro lado la defensa de Fasa, tal como lo señala **Valdés** en el informe en derecho acompañado al proceso, señala *“que se trataría de una suerte de compensación voluntaria a la sociedad civil o nación, la que ha sido pactada en el acuerdo y que, por cierto, no constituye una indemnización de perjuicios anticipada ni perjudica una futura reclamación de estos”*¹⁰⁷.

En primer lugar, de la lectura del acuerdo conciliatorio se desprende que Fasa expresamente reconoce la colusión en el alza de precios. Esta conducta de colusión es sancionada por la ley por atentar en contra de la libre competencia. Si se tratase a este pago como una forma de compensación, tal como lo señala **Valdés**, se estaría exceptuando a Fasa de su rol de participante en el ilícito y, por tanto, otorgándole el carácter de inocente en circunstancia, y según lo señalado por el requerimiento y la propia confesión de Fasa, que no lo es.

Un segundo punto a considerar, y tal como lo señala un escrito de *reclamación*¹⁰⁸ presentado por Cruz Verde en el proceso, dice relación con el pago a beneficio social que debe realizar Fasa. Este pago, implica que podría acogerse, para efectos de deducir del impuesto a la renta, a la ley de donaciones, por cuanto este pago se podría considerar una donación y que, como tal tiene beneficios tributarios. Además, siendo este pago de tal envergadura, el saldo que no se alcanza a cubrir por el porcentaje de esta ley de donaciones, podría ser deducido como gasto necesario, configurándose de esta forma un doble beneficio del pago de esta multa.

En tercer lugar, queda claro que a través de esta forma utilizada en la conciliación, Fasa es exculpada de todo ilícito, resultando inocente en circunstancias que ha confesado una colusión. Esta situación engloba un tema adicional ya que la existencia de este acuerdo, al eximir de responsabilidad a Fasa, impide que un acto posterior de esta y por

¹⁰⁷Fuente:<http://www.tdrc.cl/DocumentosMultiples/Informe%20en%20derecho%20sobre%20Conciliaci%C3%B3n%20D.%20Vald%C3%A9s.pdf>. Fecha última consulta: 10 de junio de 2010

¹⁰⁸ Fuente:<http://www.tdrc.cl/DocumentosMultiples/Recurso%20Reclamacion%20CRUZ%20VERDE.pdf> Fecha última consulta: 10 de junio de 2010

medio del cual vulnere la libre competencia, tenga el carácter de reincidente. Elemento que es tenido en cuenta para efecto de establecer el monto de la multa.

En conclusión, es criticable este acuerdo no solo porque no se trata de una conciliación, sino también porque exculpa de todo ilícito a Fasa, entregándole además el beneficio de impedir que se configure el carácter de reincidente en el caso de que exista una futura conducta anticompetitiva.

4. Atribuciones del Fiscal Nacional Económico para alcanzar una conciliación o un acuerdo.

No solo cabe criticar este acuerdo en cuanto a su naturaleza y cláusulas que el contiene, sino que también respecto a si el Fiscal cuenta o no con facultades para alcanzar un acuerdo dentro o fuera del proceso.

A. Inexistencia de facultades del Fiscal Nacional Económico para acordar una conciliación o un acuerdo

Es necesario comenzar este análisis señalando, que en mi opinión, el Fiscal carece absolutamente de facultades para arribar a una conciliación o a un acuerdo, sea dentro o fuera del procedimiento. Para fundamentar esta situación, hay que señalar que el Fiscal Nacional Económico sólo puede ejercer las atribuciones que le son expresamente encomendadas por el DL 211 en su artículo 39. Al realizar un examen exhaustivo de la citada norma, se verifica que no se entrega, en forma explícita, una facultad al Fiscal que le permita celebrar acuerdos o conciliaciones, esto a la luz de la modificación de la ley 19.901, norma vigente al momento de presentarse este acuerdo.

Se podría pensar, tal como alguna parte de la doctrina ha señalado, que esta facultad se encontraría recogida en el inciso primero de este artículo 39, al señalar que: *“En consecuencia defender los interés que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones.”*

Al respecto cabe indicar, según la definición que este propio decreto establece de la Fiscalía Nacional Económica en el artículo 33, que es un servicio público. Al ser catalogado de dicha forma, esta Fiscalía forma parte de la administración del Estado, y por tanto un órgano del mismo. En este orden de ideas, este ente debe respetar, y no

vulnerar en su actuar, a la Constitución Política de la República, la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado y demás leyes aplicables.

La Constitución es la norma fundamental de todo Estado, cuya normativa debe aplicarse e interpretarse de derecho estricto no dando cabida la analogía. De esta forma es necesario que la actuación del Fiscal sea tal cual lo señala la Constitución y la ley, no pudiendo realizar actuaciones fuera del marco de estas.

Entonces, si el DL 211 no le otorga la facultad al Fiscal Nacional Económico de alcanzar acuerdos (esto bajo la vigencia de la Ley 19.901 que modifica el DL 211), sean judicial o extrajudiciales, malamente podría hacer uso de una facultad que no le está expresamente encomendada, por lo tanto la actuación del Fiscal sería tanto ilegal, al realizar una actuación que no está permitida por el DL 211, como inconstitucional, al realizar un acto fuera de la órbita de su competencia, enmarcado en los principios del Estado de Derecho, consagrados por los artículos 6 y 7 de la CPR.

El artículo 22 del DL 211, establece la posibilidad que el Tribunal llame a una conciliación, y aún más, este mismo artículo señala que acordada una conciliación el Tribunal se pronunciara sobre ella dándole su aprobación siempre que “no atente contra la libre competencia”.

Entonces ¿Quién es el que puede conciliar con el sujeto pasivo?. Como forma de esclarecer el punto en cuestión, y reiterando que no se establece una facultad explícita de la Fiscalía para acordar una conciliación, puede inferirse dicha atribución, tal como se dijo anteriormente, del artículo 39 letra B del DL 211, donde se le encomienda representar el interés general de la colectividad en el orden económico, sino que también puede surgir de la situación que la Fiscalía, al ser parte del proceso en calidad de sujeto activo, es con este con quien el sujeto pasivo deberá realizar la conciliación, sino ¿con quién otro?

Sin embargo, no siendo lo anterior menos cierto, no se puede dejar a un lado el hecho de que la Fiscalía es un órgano, un servicio público y todos los órganos del Estado, deben ceñirse a los artículos 6 y 7 de la CPR, los cuales respectivamente señalan:

Artículo 6: *“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.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

A su vez el artículo 7° establece: *“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.*

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

Entonces ¿Estaría cumpliendo el Fiscal con dichas normas si no respeta el límite de las facultades que le han sido entregadas por ley? Aún más ¿Estaría defendiendo precisamente el interés general de la colectividad si renuncia a la persecución de uno de los inculpados?. Esta situación, que involucra una extensión de sus facultades, podría defenderse si a través de dicha actuación se consiguieran pruebas suficientes para poder continuar el proceso adelante contra Cruz Verde y SalcoBrand, y así, en definitiva, obtener una sentencia condenatoria. Sin embargo, tal situación no se demostró, debido a que el Fiscal hizo una alusión genérica de las pruebas que Fasa aportaría, sin entrar en el detalle de las mismas, ni de su contenido o si estas habían sido exhibidas por Fasa a la Fiscalía.

B. Sanción a los actos ejecutados fuera del ámbito de competencia del Fiscal Nacional Económica.

La nulidad de derecho público es una creación doctrinaria que no se encuentra recogida explícitamente en la Constitución, sin embargo se infiere de los artículos 6 y 7

de la CPR. **Jaime Jara Schenettler** dice que “*consistiría en la ineficacia de los actos estatales dictados en contravención al principio de la juricidad contemplado en los artículos 6 y 7 de la CPR*”¹⁰⁹.

La doctrina señala que dicha nulidad no sería aplicable a materias jurisdiccionales, por cuanto en dicho ámbito se encuentran presentes otros mecanismos para hacer frente a un vicio procesal. Sin embargo, cabe preguntarse si una actuación la Fiscalía Nacional Económica, como órgano del Estado, sobrepasa las potestades entregadas por la Constitución y la ley ¿Pudiese ser dicha actuación objeto de nulidad de derecho público?

Sin analizar en detalle la nulidad de derecho público, cabe señalar que si la Fiscalía Nacional Económica no respeto su órbita de competencia al celebrar un acuerdo de carácter de extrajudicial sin estar facultado para ello, dicha actuación debe ser nula por no ajustarse al marco que la constitución y la ley confieren a este órgano, pudiendo de estar forma aplicarse esta nulidad y por tanto restarle valor a este acuerdo. Al aplicarse esta nulidad, las partes que participaron en este acuerdo deberían retrotraerse al estado anterior a la celebración de este.

C. Aprobación de la Ley 20.361 que modifica el D.L. 211.

En julio de 2009 se dicta esta ley, la cual introduce reformas orientadas mayoritariamente al aumento de las facultades del Fiscal Económico, reforzando de esta forma su papel en calidad de defensor de los intereses de la colectividad en el orden económico. En este sentido se incluyen en el artículo 39 las letras N y Ñ, así como también el artículo 39 Bis.

La nueva letra Ñ señala que serán atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico: “*Suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones, con el objeto de cautelar la libre competencia de los mercados.*”

Ahora bien, es necesario realizar un cronograma:

¹⁰⁹ Jara Schenettler, Jaime, “La nulidad de derecho público ante la doctrina y jurisprudencia”, Libromar, año 2004, página 29.

- El día 9 de diciembre de 2008, el Fiscal Nacional Económico presenta un requerimiento contra las 3 grandes cadenas de farmacias.
- El día 13 de marzo se presenta un escrito, por el cual Fasa y la Fiscalía solicitando conjuntamente que se llame a una audiencia de conciliación.
- El 13 de abril se aprueba mediante resolución expedida por el tribunal, el acuerdo de conciliación.

Ahora bien, la Fiscalía Nacional Económica celebró un acuerdo conciliatorio con Fasa, por el cual esta confiesa su participación en un acuerdo colusivo y se autoimpone una multa. Este acuerdo, en opinión tanto del Tribunal como de la Fiscalía Nacional Económica y Fasa, es válido debido a que el Fiscal contaba con atribuciones encomendadas por la ley para suscribir dichos acuerdos.

Si el Fiscal cuenta con dichas atribuciones, entonces ¿Era necesario que una ley posterior consagre nuevamente dicha facultad, a través de esta letra Ñ, si ya existía?

La respuesta a esta pregunta es qué -y por cierto su búsqueda y análisis es clara y sólo involucra la utilización de la lógica para resolverla- no contaba con dicha facultad al momento de celebrarse este acuerdo, porque de otra forma no hubiese sido necesario que una ley posterior entregue nuevamente la facultad a un órgano que se suponía que ya contaba con ella, por lo que esta ley viene en ratificar que la Fiscalía Nacional Económica no poseía esta atribución el día 13 de marzo, ni el 9 de abril, sino que a partir del mes de julio del año 2009 en que entra en vigencia la Ley 20.361 donde se incorpora esta facultad a su esfera de competencia.

D. Acuerdo como delación compensada del artículo 39 Bis.

Con la Ley 20.361 se incorpora la institución de la Delación Compensada a nuestra legislación antimonopólica.

Se ha señalado por algunos entendidos en la materia, que este acuerdo conciliatorio era una delación compensada encubierta. Si bien esta institución no existía al momento de la presentación del acuerdo conciliatorio, se puede analizar desde la óptica de si este acuerdo cumple o no con los requisitos de la delación compensada establecida en el artículo 39 bis del Decreto Ley 211.

Es necesario señalar que, para acceder a los beneficios que otorga la delación compensada, la conducta que atenta contra la libre competencia sea de aquellas tipificadas en la letra A del artículo 3, o sea una colusión. Además deben cumplirse ciertos requisitos; poner fin a la participación en la conducta, abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que el Fiscal formule el requerimiento y proporcionar antecedentes precios, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo para fundar un requerimiento.

Entonces y suponiendo que este acuerdo conciliatorio sea una delación compensada encubierta, institución, tampoco cumple con los requisitos que el artículo 39 bis establece, por lo que no podría tratarse como tal aun bajo la nueva reforma, porque esta institución procede antes de que se presente el requerimiento y este acuerdo es posterior al mismo. Las pruebas que servirán de fundamento a la acusación que el Fiscal realizará en contra de aquellos que han vulnerado la libre competencia, deben aportarse previamente a la interposición del requerimiento y en este caso no se aportaron antes ni tampoco al momento en que se presentó el acuerdo conciliatorio al tribunal para su aprobación.

5. **El acuerdo conciliatorio respecto del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.**

Este acuerdo conciliatorio tiene aristas que escapan al contenido y procedencia del mismo, las cuales dicen relación con el tribunal que conoce del asunto.

Los actos de colusión requieren la concurrencia de a lo menos 2 participantes de una industria determinada, los cuales se reúnen con el fin de obtener una ventaja económica que en condiciones de libre competencia no podrían obtener.

Ahora bien el reconocimiento de Fasa, a través de este acuerdo, sobre la realización de conductas tendientes a fijar precios altos en conjunto con las otras cadenas mediante un cartel, implica una problemática no menor para el tribunal. La aprobación del acuerdo por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en que se reconoce una conducta de colusión, implica la existencia misma de dicho acto ilícito. Al constatarse por el tribunal que una de las requeridas incurrió en una conducta que necesariamente para su configuración requiere de la presencia de otros partícipes, en este caso Salcobrand y/o Cruz Verde, reviste esta aprobación una atribución tacita de

responsabilidad a estas últimas, porque si bien no establece explícitamente esta atribución, si se desprende que para coludirse Fasa se unió o con Cruz Verde o Salcobrand.

El punto en cuestión es mas caótico teniendo presente que dicha aprobación se produjo en el mes de abril del año 2009, en circunstancias que dicho procedimiento se encontraba en su etapa de inicio y las pruebas aún no habían sido aportadas al tribunal, por lo que este sólo basó su resolución en los dichos del Fiscal y Fasa contenidos en este acuerdo y en las audiencias de conciliación.

Se ve por tanto a un tribunal, que aprueba un acuerdo en que se atribuye responsabilidad en la realización de un ilícito a las otras partes del proceso, pero que no participan en este acuerdo conciliatorio.

Este acuerdo respecto del tribunal, es necesario analizarla desde las siguientes perspectivas:

A. Procedencia de una causal de implicancia.

Es difícil no pensar en la configuración de una causal de implicancia cuando el tribunal adelanta su parecer respecto del asunto controvertido. Pero ¿Cómo se configuró esta situación?.

La aprobación del acuerdo implica un prejuzgamiento del tribunal respecto de los otros actores no involucrados en el. Esto se debe a que emitió un pronunciamiento, el que involucra un grado de reproche en relación a la conducta colusiva denuncia por el Fiscal y reconocida por Fasa. Procediendo de esta forma se rompe con la imparcialidad con que debe proceder un tribunal en un proceso, el cual debe abstenerse de emitir o adelantar su parecer respecto del asunto en cuestión, reservándose por tanto la decisión a la sentencia definitiva. Al actuar de esta forma se vulnera el derecho al debido proceso.

No puede ser un tribunal imparcial si ya dio por establecida la existencia de la colusión.

B. Presunción de inocencia.

El Código Procesal Penal en su artículo 4 señala que “*ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme*”.

La aprobación de este acuerdo conciliatorio, y en particular el reconocimiento de Fasa de incurrir en una colusión con las otras requeridas, sugiere que el tribunal tuvo la convicción mas allá de toda duda razonable que dicha farmacia incurrió efectivamente en la conducta descrita en la letra A del DL 211. Esta aprobación del acuerdo vulnera este principio de presunción de inocencia respecto de las requeridas no participes en dicha conciliación de la siguiente manera:

La colusión implica la presencia de más de un partícipe en dicha conducta. Los otros participes necesariamente son Cruz Verde y/o Salcobrand, por cuanto ellos son los otros requeridos por el Fiscal y porque estas 2 cadenas de farmacias son las únicas, que en Chile tienen un poder de mercado similar al de Fasa. La aprobación de este acuerdo conciliatorio da por establecida la colusión. El tribunal está vulnerando el principio de inocencia al constatar un delito sin que exista una sentencia y al dar por establecida previamente la conducta colusiva al aprobar el acuerdo conciliatorio.

C. Reconocimiento sin fundamentos.

Es necesario enfocar ahora la problemática aludida desde otro punto de vista. La simple confesión respecto de un hecho que involucra a terceros distintos del confesante no basta para producir plena prueba y por ende certeza absoluta sobre el asunto controvertido y respecto del cual se realizó dicha confesión, es necesario por tanto acompañar las pruebas que certifiquen y doten de veracidad lo confesado.

Al celebrar el acuerdo no se presentó documento alguno que acredite los dichos del mismo. En la audiencia de conciliación tampoco se acompañaron. El tribunal actuó a ciegas frente a una confesión.

V. Conclusiones.

1. El acuerdo presentado al tribunal, bajo la denominación de acuerdo conciliatorio, es una confesión vestida en traje de transacción extrajudicial, que se sometió a la aprobación del tribunal valiéndose de la figura de la conciliación.

Es una confesión, porque versa sobre el reconocimiento de conductas de carácter colusivas, sancionadas por nuestro ordenamiento jurídico. Esta confesión contiene declaraciones de un hecho ajeno, ya que involucra a las otras farmacias requeridas en el acto de colusión reconocido por Fasa. De esta forma, al ser aprobado este acuerdo, implícitamente se les atribuye responsabilidad a Farmacias Cruz Verde y Salcobrand. Una confesión no constituye plena prueba por sí sola, sino que el legislador le asigna como valor probatorio el carácter de presunción -en los casos y formas establecidos por la ley- por lo que por sí misma no basta para acreditar un hecho, que en este caso consiste en la colusión de las requeridas en el alza de precios de 222 productos farmacéuticos, sino que se necesita de otros medios probatorios para crear en el tribunal la certeza mas allá de toda duda razonable.

Esta confesión se perfecciona mediante la adopción de una transacción, por cuanto dicho acuerdo se realiza fuera del proceso. Es una transacción porque se pone término a un litigio pendiente entre la Fiscalía Nacional Económica y Fasa. Las cláusulas contienen tanto la confesión de Fasa, como la renuncia que la Fiscalía realiza en su labor persecutoria del ilícito de colusión reconocido por Fasa.

Esta transacción se introduce en el proceso a través de la figura de la conciliación, que está establecida en el artículo 22 del DL 211. La conciliación es una institución que supone la renuncia de las partes a todo o parte de su pretensión para resolver el asunto controvertido. En materia de libre competencia, los derechos e intereses involucrados en los procesos conocidos por el tribunal son indisponibles, debido a que los principios que la rigen forman parte del orden público económico y, por tanto, son de derecho público e irrenunciables. El Fiscal no puede renunciar, como representante del interés de la colectividad, a perseguir la responsabilidad de Fasa en la comisión del acto de colusión, porque no se encuentra autorizado por el legislador a disponer de este interés de la sociedad. La Fiscalía Nacional Económica es un órgano del Estado, por tanto sólo puede ejercer aquellas atribuciones que la Constitución y la ley le encomienden para defender a

la colectividad de todas aquellas conductas que atenten contra la libre competencia, por lo cual no puede, en su actuación, escapar a su ámbito de competencia.

El Fiscal Nacional Económico, al celebrar este acuerdo conciliatorio con Fasa, ha ejercido facultades que no le fueron conferidas bajo la vigencia del DL 211 al 13 de marzo de 2009. El artículo 39 de esta normativa señala que “*Podrá, en consecuencia, defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones*”. Es en virtud de esto en que se apoya la Fiscalía para fundamentar la existencia de una facultad que le permita conciliar y realizar acuerdos extrajudiciales. Si se apoyase esta idea, no sería necesaria una nueva ley que otorgue estas facultades, porque ya se encontrarían dentro de su ámbito de competencia. Sin embargo, en julio de 2009 se dicta la ley 20.361 que entrega una serie de nuevas atribuciones al Fiscal Económico, entre las cuales destacan la posibilidad para celebrar acuerdos extrajudiciales y la delación compensada. Si en marzo de 2009 se sostenía que dichas atribuciones ya existían ¿Por qué una ley posterior le confiere las mismas facultades? Esta nueva ley no tiene el carácter de ley interpretativa, por lo que no tiene por objeto clarificar el sentido y alcance de las facultades de la Fiscalía Nacional Económica. En definitiva, de esto se desprende que el Fiscal no poseía facultades para conciliar, ni celebrar acuerdo extrajudicial, por lo que vulneró el Estado de Derecho y, por tanto, su actuación es susceptible de nulidad de derecho público.

2. La conciliación no debe ser parte del procedimiento seguido ante el Tribunal de la Libre Competencia. Esto se debe a dos motivos, uno de carácter general y otro particular.

En general, porque una conciliación no puede operar sobre la base de derechos que son indisponibles. Al ser los derechos en materia de libre competencia irrenunciables, torna la conciliación inútil, por cuanto no podrá haber materia alguna que sea susceptible de esta en los procedimientos contemplados en el DL 211. La Conciliación, si bien apunta a resolver conflictos en forma pacífica, choca con los principios mismos de la libre competencia, por lo tanto, y aun mas existiendo la institución de la delación compensada, debe excluirse de legislación anti monopólica y retomar su lugar en el ámbito privado del derecho.

En particular, me refiero a la procedencia de esta en el delito de colusión, el cual para su configuración requiere que sean, al menos, dos participantes de una industria que se unan para obtener ventajas ilícitas, vulnerando de esta forma a la libre competencia.

El Fiscal acusa a las tres requeridas el incurrir en conductas colusivas, constituyéndose de esta forma un litis consorcio pasivo respecto a estas tres farmacias. Este litis consorcio pasivo es indivisible, porque el carácter de una colusión implica que Fasa y a lo menos una de las otras dos requeridas sean autores de este delito y, por tanto, necesarias para que se configure el hecho punible. El acordar una conciliación con uno sólo de sus autores, quien reconoce en dicho acto el ilícito, implica romper con esta unidad necesaria para la tipificación del delito. Al acontecer esta situación se produce que una de las partes, Fasa, confiese la colusión y las otras dos la nieguen.

El tribunal no ha dictado sentencia en estos autos, de modo que esta puede: condenar a las requeridas no participes del acuerdo conciliatorio o absolverlas. En la *primera hipótesis* el acuerdo podrá tener justificación, al ser un medio por cual se consiguieron las pruebas necesarias para inculpar a las otras requeridas. Sin embargo cabe preguntarse ¿Qué sucede si Fasa fue quien ideó esta colusión?, en este caso no solo le cabe una pena mayor que a las otras, sino que también habría actuado de mala fe al concertar dicho acuerdo con el Fiscal, aprovechándose de una conducta dolosa, como lo es una colusión y obteniendo beneficios que se pueden resumir en tres puntos: 1. Obtener rentas monopólicas con el alza de los precios de los medicamentos, 2. No ser sancionado por dicha conducta. 3. Pagar a beneficio social una suma muy menor a las contempladas en la ley, para el delito de colusión.

En la *segunda hipótesis*, si la sentencia fuera absolutoria, Salcobrand y Cruz Verde serían declaradas inocentes. Entonces ¿En qué pie queda Fasa al reconocer la colusión a través de este acuerdo conciliatorio, el cual fue aprobado por el tribunal? Resulta difícil responder a esta interrogante porque existe otro elemento involucrado, el cual es el pago que Fasa realizó a beneficio social, el que se produjo por la supuesta existencia de un delito. ¿A título de que se paga esta suma de dinero? Se configuraría de esta forma un absurdo jurídico, donde una parte confiesa un delito, se obliga a pagar una suma de dinero voluntariamente, respecto de la cual no se puede determinar a ciencia cierta si es una multa, una indemnización de perjuicios o tenga otra naturaleza. En esta hipótesis no se comprobó la existencia del delito, no hubo condenas, por lo que este pago sería una mera liberalidad de Fasa en “beneficio” de sus clientes.

Este absurdo jurídico se produce porque se pagó una multa pero no se comprobó la existencia de un delito o se pagó una indemnización de perjuicios sin haber existido una causa que justifique este pago.

3. El Fiscal Nacional Económico y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia deben velar porque el derecho a la libre competencia no se vulnere, sin embargo, deben cuidar que en su intento por resguardarlo no excedan las facultades que le han sido entregadas por el ordenamiento jurídico. Por lo mismo, es necesario que éste les entregue todas las herramientas para que aquellos puedan defender adecuadamente a la libre competencia. Un gran avance en este sentido se produjo con la entrada en vigencia de la Ley 20.361, que modificó el Decreto Ley 211, porque ahora el Fiscal cuenta con mayores armas para hacer frente a los ilícitos que se cometen, ya sea para obtener ganancias ilícitas, mejorar el posicionamiento en el mercado u otros, perjudicando a los demás participante de una industria y, en último lugar, a los consumidores.

4. El proceso aún no termina, y el mismo sigue afectado por la presentación y posterior aprobación de este acuerdo conciliatorio, donde se atribuyó participación, y por ende, responsabilidad a las otras requeridas en la colusión. El tribunal no ha dictado sentencia, no obstante lo cual la opinión pública ya ha entregado su veredicto “CULPABLE”

VI. Anexo: acuerdo conciliatorio entre la Fiscalía Nacional Económica y Fasa

ACUERDO DE CONCILIACION

FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

Y

FARMACIAS AHUMADA S.A.

En Santiago, a 13 de marzo de 2009, la Fiscalía Nacional Económica ("FNE") y Farmacias Ahumada S.A. ("FASA"), conjuntamente "las partes", han alcanzado el siguiente Acuerdo de Conciliación, que una vez aprobado por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, pondrá término, con fuerza de sentencia definitiva, respecto de FASA, al juicio caratulado "Requerimiento de la FNE en contra de Farmacias Ahumada S.A. y otros", Rol C N° 184-08:

PRIMERO: FASA se ha acercado voluntariamente a la FNE y le ha informado 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. ("Salcobrand") y Cruz Verde S.A. ("Cruz Verde");

- 2) Que, en ese contexto, efectivamente en Noviembre de 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 esa situación, 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 particular, 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 Noviembre de 2007 hasta Marzo de 2008.

Asimismo, FASA declara:

- 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 UTA (mil trescientas cincuenta 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. El pago se efectuará dentro del plazo de 10 días hábiles contados desde la fecha en que la sentencia del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que apruebe el Acuerdo de Conciliación se encuentre ejecutoriada.

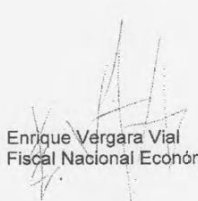
TERCERO: FASA se obliga a elaborar un código interno, de acuerdo a las mejores prácticas internacionales, por medio del cual buscará desincentivar toda conducta que pueda considerarse contraria a las normas de libre competencia, el que pondrá en conocimiento de la FNE dentro del plazo de 60 días hábiles contados desde la fecha en que la sentencia del H. Tribunal

de Defensa de la Libre Competencia que apruebe el Acuerdo de Conciliación se encuentre ejecutoriada.

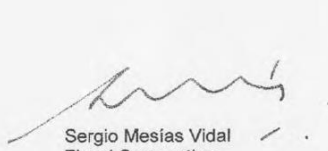
CUARTO: FASA se obliga a establecer la prohibición absoluta a sus ejecutivos de mantener propiedad o participación alguna, directa o indirecta, en las otras requeridas, así como en la administración de sus negocios, sea presente o futura.

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.

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 H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de acuerdo con el artículo 22 del Decreto Ley N° 211, 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.



Enrique Vergara Vial
Fiscal Nacional Económico



Sergio Mesías Vidal
Fiscal Corporativo
Farmacias Ahumada S.A.

La personería de don Enrique Vergara Vial consta del Decreto Supremo de su nombramiento en el cargo de Fiscal Nacional Económico, copia autorizada del cual se encuentra bajo la custodia de la Secretaría de ese H. Tribunal. La personería de don Sergio Mesías Vidal consta de escritura pública de 27 de Marzo de 2008, otorgada en la Notaría de Santiago de don José Musalem Saffie, la que está acompañada en el tercer otrosí del escrito de fojas 85 y siguientes de autos.

VII. Bibliografía.

Libros.

1. Colombo Campbell, Juan (1997): *Los actos procesales*, tomo 2, jurídica, Santiago de Chile.
2. Colombo Campbell, Juan (2004): *La Competencia*, Jurídica, Santiago de Chile.
3. Fermandois Vohringer, Arturo (2006): *Derecho Constitucional Económico*, tomo I, ediciones Universidad de Chile, Santiago de Chile.
4. Jara Schenettler, Jaime (2004): *La nulidad de derecho público ante la doctrina y jurisprudencia*, Libromar, Santiago de Chile.
5. Philippi, Yrarrazaval, Pulido y Brunner Ltda. (2002): *Modificación de la ley de defensa de la competencia*, Universidad de Chile.
6. Roxín, Claus (1997): *Derecho Penal parte general*, Tomo 1, segunda edición, Cívitas, Madrid.
7. Samuelson, Paul Anthony y Nordhaus, William (2002): *Economía*, decimo séptima edición, Mcgraw hill, Madrid.
8. Valdés Prieto, Domingo (1992): *Discriminación arbitraria en el Derecho Económico*, Conosur, Santiago de Chile.
9. Valdés Prieto, Domingo (2006): *Libre competencia y monopolio*, jurídica de Chile, Santiago de Chile.
10. Witker Velásquez, Jorge (2003): *Derecho de la competencia económica en el TLCAN*, Porrúa, México.
11. Witker Velásquez, Jorge (2006): *El nuevo Tribunal Chileno de Defensa de la Libre Competencia: ¿Un paradigma para México?*, Unam, México.
12. Wonnacott, Paul y Wonnacott, Ronald (1992): *Economía*, cuarta edición, Mcgraw hill, Madrid.

Artículos.

1. Soto Kloss, Eduardo, Massini, Carlos Ignacio y Sagues, Nestor Pedro (1986): *El Principio de la Subsidiariedad, Fundamentos filosóficos*, en revista de derecho público N° 39-40, Universidad de Chile.
2. Gárate Maudier, Óscar: “Marco Constitucional del Derecho de la Libre Competencia, Modelo Económico, Eficiencia y Garantías Constitucionales”. Disponible en:

http://www.congresoconstitucional.cl/upload/69/Oscar%20Garate_1252890515.pdf
f. Fecha de última consulta: 10 de junio de 2010.

Documentos.

1. Squella, Agustín (2008): Apuntes de clases, Cátedra de Filosofía del Derecho, Universidad de Valparaíso.
2. Diario El Mercurio, 25 de marzo de 2009.
3. Diario El Mercurio, 28 de marzo de 2009.
4. Diario El Mercurio, 19 de mayo de 2009.
5. Diario La Tercera, 31 de marzo de 2009.
6. Proyecto de ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre competencia, boletín N°2944-03, indicaciones al 04.11.02
7. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Farmacias Ahumada, Salcobrand y Cruz Verde, Rol C-184-2008. Disponible en: <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=1829&GUID=>
8. Contestaciones de Farmacias Salcobrand y Cruz Verde, en causa Rol C-184-2009. Disponible en: <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=1829&GUID=>
9. Informe en derecho de Domingo Valdés Prieto, en causa Rol C-184-2009. Disponible en: <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=1829&GUID=>

Fuentes de internet.

1. <http://www.bcv.org.ve> Fecha de última consulta: 10 de junio de 2010.
2. <http://www.rae.es> Fecha de última consulta: 10 de junio de 2010.
3. <http://www.who.int> Fecha de última consulta: 10 de junio de 2010.
4. <http://www.tdlc.cl> Fecha de última consulta: 10 de junio de 2010
5. <http://www.cruzverde.cl> Fecha de última consulta: 10 de junio de 2010
6. <http://www.fasa.cl> Fecha de última consulta: 10 de junio de 2010
7. <http://www.salcobrand.cl>. Fecha de última consulta: 10 de junio de 2010
8. <http://mailweb.fne.gob.cl/db/jurispru.nsf/7032b29e8be7cf5f8425733e005e3c80/54104D7E3465757108256D19000B4CCB?OpenDocument>. Fecha de última consulta: 10 de junio de 2010

9. <http://www.farmaciasdesimilares.cl/historia.htm>. Fecha de última consulta: 10 de junio de 2010

Jurisprudencia.

1. Corte Suprema, sentencia del 23 de Noviembre de 1995, caso “Mersa con Subsecretaria de Pesca”.

Leyes y decretos.

1. Constitución Política de la República de 1980.
2. Decreto Ley 211 de 1973.
3. Ley N° 19.901 del 24 de septiembre de 2003.
4. Ley N° 20.361 del 13 de julio de 2009.
5. Decreto N° 466 de 1984, del Ministerio de Salud que contiene el Reglamento de Farmacias Droguerías y Almacenes Farmacéuticos.
6. Ley N° 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado.
7. Ley N° 18.840, Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile.
8. Decreto Supremo N°1876 de 1995 del Ministerio de Salud.
9. Código de Procedimiento Civil.
10. Código Civil.
11. Código Procesal Penal.
12. Código Orgánico de Tribunales.

Índice

I.	Introducción	1
II.	Capítulo Primero:	
	La libre competencia, definición, protección y alcances	
1.0.	En busca de una definición de libre competencia.....	3
1.1.	La competencia en la economía.....	3
1.2.	La competencia en el ámbito jurídico.....	4
1.3.	La libertad como autonomía de libertad.....	6
1.4.	Libre competencia y libre concurrencia.....	7
1.5.	Un concepto de libre competencia.....	8
2.0.	Delimitación del bien jurídico libre competencia.....	9
2.1.	Definición de bien jurídico.....	9
2.2.	La igualdad jurídica.....	11
2.3.	La autonomía de la voluntad como fundamento de la libre competencia.....	13
3.0.	Consagración constitucional de la libre competencia.....	13
3.1.	El orden público económico.....	14
3.1.1.	Principios del orden público económico.....	14
4.0.	Historia normativa de la libre competencia.....	18
5.0.	Sistemas de protección del derecho de la libre competencia.....	19
6.0.	Legislación en Chile en materia de libre competencia.....	20
6.1.	Ley N°13.305 del 6 de abril de 1960.....	21
6.2.	Decreto Ley 211 de 1973.....	21
6.3.	Ley 19.901 del 14 de noviembre de 2003.....	22
6.4.	Ley 20.361 del 13 de julio de 2009.....	23

III. Capítulo Segundo:

Mercado chileno de las farmacias y el caso de la Fiscalía Nacional Económica contra Fasa y otras

1.0. Farmacia y medicamento.....	24
2.0. El mercado farmacéutico en Chile.....	25
3.0. Origen de las grandes cadenas de farmacias.....	27
3.1. Farmacia Cruz Verde.....	27
3.2. Farmacia Ahumada.....	27
3.3. Farmacia Salcobrand.....	29
4.0. Concentración en el mercado de las farmacias.....	29
5.0. Crónica de una supuesta colusión anunciada.....	32
6.0. El requerimiento del Fiscal Nacional Económico.....	36
6.1. Conducta de las requeridas.....	37
6.2. Características de las conductas de las requeridas.....	37
6.2.1. Significación, uniformidad y simultaneidad.....	38
6.2.2. Los traspasos de ejecutivos.....	38
6.2.3. Coordinación del mercado.....	39
6.2.4. Aumento, ganancias y costos.....	39
6.2.5. El mercado relevante.....	40
6.3. Barreras a la entrada en el mercado farmacéutico.....	40
6.4. Transparencia del mercado como mecanismo de colusión.....	41
6.5. Ganancias obtenidas por las requeridas.....	42
6.6. Peticiones de la Fiscalía Nacional Económica.....	42
7.0. Actitudes de las requeridas frente al requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica.....	43
7.1. Contestación de Farmacias Cruz Verde.....	44
7.2. Contestación de Farmacias Salcobrand.....	48

8.0. Fasa y la Fiscalía Nacional Económica; presentación de una conciliación.....	51
9.0. Las audiencias de conciliación.....	54
9.1. Primera audiencia de conciliación.....	54
9.2. Segunda audiencia de conciliación.....	55
10. Reacción de las otras requeridas frente al acuerdo.....	56
IV. Capítulo Tercero:	
Análisis y crítica del acuerdo conciliatorio	
1.0. Consideraciones previas.....	58
2.0. Contenido del acuerdo conciliatorio.....	58
3.0. Naturaleza, análisis y crítica del acuerdo conciliatorio.....	60
4.0. Atribuciones del Fiscal Nacional Económico para alcanzar una conciliación o un acuerdo.....	69
5.0. El acuerdo conciliatorio respecto del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.....	74
V. Conclusión.....	77
VI. Anexo: acuerdo conciliatorio.....	81
VII. Bibliografía.....	86