

NOMENCLATURA : 1. [40]Sentencia
JUZGADO : 10º Juzgado Civil de Santiago
CAUSA ROL : C-1940-2013
CARATULADO : SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR /
FARMACIAS CRUZ VERDE S.A

Santiago, diecisiete de Diciembre de dos mil diecinueve

VISTOS:

Se ha iniciado este proceso Rol N° 1940-2013, caratulado “Servicio Nacional del Consumidor con Farmacias Ahumada S.A., Farmacias Cruz Verde S.A. y Salcobrand S.A.”, de demanda en procedimiento especial del Título IV de la ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los consumidores por vulneración al interés colectivo de los consumidores, interpuesta por Juan José Ossa Santa Cruz, abogado, Director Nacional provisional y transitorio del Servicio Nacional del Consumidor, y actuando en su representación, ambos domiciliados para estos efectos en calle Teatinos 50, piso 70, comuna de Santiago, en contra de Farmacias Cruz Verde S.A., representada legalmente por don Eduardo Jiliberto Fritis, médico veterinario, cédula de identidad N°7.778.944-8, ambos domiciliados en calle Lord Cochrane N°326, de la comuna y ciudad de Santiago; Farmacias Salcobrand S.A., representada legalmente, entre otros, por don Roberto Belloni Pechini, ingeniero comercial, cédula de identidad N°9.155.452-6, ambos domiciliados en avenida General Velásquez N°9981, de la comuna de San Bernardo; y de Farmacias Ahumada S.A., representada legalmente, entre otros, por don Mauricio Weisselberger Araujo, ingeniero comercial, cédula de identidad N°10.032.623-K, ambos domiciliados en calle Miraflores N°383 piso 6, de la comuna y ciudad de Santiago.

Consta en autos la notificación de la demanda y su proveído, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 del Código de Procedimiento Civil, a la demandada Cruz Verde S.A., por resolución de fojas 196, entendiéndose practicada con fecha 13 de marzo de 2013; y de conformidad a lo establecido en el artículo 44 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, a los representantes de las



demandadas Farmacias Ahumada S.A. y Farmacias Salcobrand S.A., a fojas 58 y 85, respectivamente, practicada ambas con fecha 08 de febrero de 2013.

Declarada admisible la demanda, por resolución escrita a fojas 49 y confirmada a fojas 624, la demandada Farmacias Cruz Verde contestó a fojas 657; la demandada Salcobrand S.A. hizo lo propio a fojas 747; en tanto que la demandada Farmacias Ahumada S.A. contesta a fojas 788.

A fojas 318 comparece don Armando Andrés Bustos González, presidente de la Asociación Nacional de la Defensa de los Derechos de los Consumidores, **ANADEUS A.C.**, y se hace parte, en representación de dicha institución, de la demanda interpuesta por el Sernac.

A fojas 435 comparece don Hernán Calderón Ruiz, presidente del directorio de la **Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, Asociación de Consumidores, CONADECUS A.C.** y se hace parte en la causa, para todos los efectos legales.

A fojas 445, comparece Richard Caamaño Oyarzún, trabajador independiente, en representación de la **Asociación de Consumidores y Usuarios del Sur** y se hace parte en la causa, en calidad de tercero coadyuvante del Servicio Nacional del Consumidor.

A fojas 850, se citó a las partes a audiencia de conciliación del quinto día hábil siguiente al de la última notificación o al siguiente hábil si aquél recayere en día sábado, a las 12:00 Horas., la cual tuvo lugar en el día y a la hora señalada, con la asistencia de los apoderados de la parte demandante, don Luis Álvarez Estay y don Gerardo Lebuy Martínez; el apoderado de la demandada Farmacias Ahumada S.A. don Joaquín Castillo León; los apoderados de la parte demandada Farmacias Cruz Verde S.A., don Hugo Botto Oakley y don Freddy Ramírez León; y los de la parte demandada Salcobrand S.A., don Juan Valdés Rojas y don Nicolás Vergara Correa. Llamadas las partes a conciliación, ésta no se produce. La demandante presenta bases de arreglo que solicita formen parte integrante de la audiencia.

Posteriormente, a fojas 879, modificado a fojas 1161 y fojas 1181, se recibió la causa a prueba, constando en autos aquella rendida por las partes;

A fojas 2788, se citó a las partes a audiencia especial de conciliación para el día 21 de diciembre de 2018, la que tuvo lugar el día y a la hora señalada, a fojas 2821, fijándose su continuación para el día 10 de enero de 2019, a fojas 2842,



oportunidad en la que se fijó su continuación para el día 24 de abril de 2019, la que tuvo lugar en definitiva el día 1 de febrero de 2019, a fojas 2836, oportunidad en la que, no habiéndose logrado acuerdo, se estableció un nuevo día y hora para llevar a efecto la audiencia el día 15 de marzo de 2019 a las 11:00 horas., a fojas 2842, actuación en la que se fijó una última fecha para continuar con la audiencia para el 24 de abril de 2019, a fojas 2885, en la que finalmente se declaró frustrado el proceso conciliatorio.

Encontrándose la causa en estado, se citó a las partes a oír sentencia, por resolución escrita a fojas 2895.

CONSIDERANDO:

1.- EN CUANTO A LAS OBJECIONES DE DOCUMENTOS DE FOJAS 303, 1338, 1403, 1405, 1413, 1418 y 1420:

PRIMERO: Objeción de fojas 303. A fojas 303, la demandada Salcobrand hace uso de la citación conferida por resolución de fojas 292 respecto de los documentos acompañados por el actor a fojas 254, objetando por falta de integridad el informe en Derecho elaborado por don Francisco Agüero Vargas y don Nicolás Rojas Covarrubias titulado “Legitimidad del Sernac para demandar la indemnización de los daños causados por un cartel a los consumidores”, de 31 de agosto de 2012.

Basa su objeción en que de acuerdo a su propio tenor se trataría de un documento incompleto, ya que debería ser complementado con otros documentos a los que el mismo informe alude, dado que en la nota al pie N°1 de su página 2 se expresa textualmente que “la exposición de esta sección resume, en lo que resulta pertinente, las consideraciones contenidas en el informe ‘Protección al consumidor y regulación sectorial: El principio de concurrencia de normas sustantivas, infracciones, procedimientos y potestades’, preparado por el Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile a solicitud del Sernac, el 1 de febrero de 2011 (...) el contenido de este documento se complementa con lo señalado en el informe ‘Demandas Colectivas por daños causados por un cartel’, preparado por el Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, a solicitud del Sernac (...). Ello comprobaría, en su opinión, que el informe no es más que una sección de un documento mayor, compuesto por otros dos informes elaborados por el Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile,



al punto que sus propios autores afirman que el documento objetado no es más que un “resumen” que debe ser complementado.

Por resolución escrita a fojas 340, se confirió traslado a la objeción, el cual fue evacuado por el Sernac a fojas 340, solicitando el rechazo de la objeción en todas sus partes, haciendo presente que la objeción formulada no se basaría en norma legal alguna, limitándose la demandada a señalar los argumentos que supondrían una falta de integridad del documento, constituyendo ellos simples observaciones que en nada alterarían el valor probatorio del mismo.

Rebate, por no ser efectivo, que el documento objetado constituiría una sección de un trabajo mayor -hecho que estaría al origen de su falta de integridad, según la parte objetante- por cuanto se trata de uno de tres informes relacionados encargados a un mismo grupo de especialistas en la materia, lo que de ninguna manera le restaría integridad, tratándose en consecuencia de un documento completo, con su correspondiente sumario inicial, desarrollo y conclusión que contiene las principales argumentaciones, además de tener una compaginación correlativa y coherente con su sumario, siendo cada uno de los capítulos de su estructura abordados íntegramente.

SEGUNDO: Objeción de fojas 1338. A fojas 1338, la demandada Salcobrand S.A. hace uso de la citación conferida por resolución de fojas 1221 respecto de los documentos acompañados por el demandante a fojas 1200, objetando el informe económico elaborado por el economista Aldo González en octubre de 2015 por manifiesta falta de integridad, la cual basa en que el Sernac no habría acompañado los antecedentes ni las bases de datos utilizados en su elaboración, que el propio autor considera como partes integrantes de su informe, al incorporarlos al mismo en un formato distinto al papel, de acuerdo a lo expresado en la nota al pie N°13 de la página 17 de dicho informe, en la que su autor señala de manera textual que “la estimación de daño por cada medicamento se entrega en respaldo magnético”. Dicho respaldo no habría sido acompañado, por lo que estima que ello habría dejado a su parte en indefensión, sin poder observar una parte esencial del informe anotado, como serían las estimaciones de daño que habrían ocasionado cada una de las demandadas. Apunta que al no acompañarse el señalado soporte magnético, tampoco se citó a la correspondiente audiencia de percepción documental, requisito indispensable para que los documentos electrónicos tengan valor probatorio.



Todo lo anterior haría imposible para el Tribunal y las demandadas comprobar, por ejemplo, si se hicieron esas estimaciones y si ellas versaron sobre los 206 medicamentos incluidos en la demanda y no respecto de otros, ni tampoco comprobar que los cálculos fueron realizados de forma correcta, lo que vendría a privar de todo mérito probatorio al informe acompañado.

Tampoco –señala- habría acompañado el Sernac los antecedentes utilizados para la elaboración del informe del economista Aldo González, que al menos deberían incluir las bases de datos originales utilizadas para efectuar esas estimaciones, los comandos utilizados para el tratamiento de dichas bases y para la estimación de los coeficientes de las regresiones y tablas de resultados que fueron usadas para realizar el análisis presentado en el informe, lo que haría imposible replicar o verificar las estimaciones y cálculos contenidos en el informe objetado, reduciéndolo a una mera opinión de su autor, no susceptible de comprobación.

Añade que es por todo lo expuesto que la parte que representa sí acompañó, en su oportunidad, las bases de datos, materiales y antecedentes electrónicos utilizados por el economista Justin McCrary en la elaboración del informe acompañado por aquélla el 12 de noviembre de 2015, solicitando adicionalmente la citación a la respectiva audiencia de percepción documental.

Solicita tener por objetado por falta de integridad el informe económico del señor Aldo González acompañado por el Sernac a fojas 1200 y, en definitiva, restarle todo mérito probatorio.

Por resolución escrita a fojas 1381, se confirió traslado a la objeción opuesta, el cual fue evacuado por Sernac a fojas 1448, solicitando que dicha impugnación sea rechazada. Basa su argumentación en que la prueba en el presente proceso debe ser conocida por medio de las reglas de la sana crítica, según lo ordena el artículo 51 inciso segundo de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, lo que liberaría a los jueces de las restricciones propias del sistema de la prueba reglada o tasada, constituyendo un sistema que pretende liberar al juez de disposiciones cerradas, puesto que no siempre el seguirlas sería garantía de justicia en las determinaciones jurisdiccionales.

Agrega que la impugnación de Salcobrand no señalaría causa legal alguna, sustentándose en una supuesta falta de integridad del documento acompañado por el actor, la que no sería tal, pues el mismo –y así se indicaría en él- habría sido elaborado en base a los antecedentes conocidos en el contexto del juicio seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que al haber sido



parte fundante de la sentencia que en dicha sede se dictó, deben ser considerados por el Tribunal al conocer y resolver la demandada colectiva de autos, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 30 del DL 211.

Manifiesta que el informe impugnado se bastaría a sí mismo, guardaría completa coherencia con los antecedentes del caso y su estructura permitiría dar fe de las conclusiones que en él se detallan, por lo que la objeción documental debería ser rechazada en todas sus partes, más aún si no se indica la causa legal en que se funda.

TERCERO: Objeciones de fojas 1403 y 1405. A fojas 1403 y 1405, respectivamente, la demandada Salcobrand S.A. hace uso de la citación conferida por resolución escrita a fojas 1380, respecto de los documentos acompañados por Sernac a fojas 1281, consistentes en los informes económicos elaborados por los economistas Claudio Agostini y Eduardo Saavedra en diciembre de 2009, y en dos informes económicos elaborados por los economistas Javier Núñez, Tomás Rau y Jorge Rivera de octubre y diciembre de 2010.

Objeta el primero de los informes señalados por falta de integridad, basada en que el actor no acompañó los antecedentes ni las bases de datos utilizados para su elaboración, que los propios autores consideraron como partes integrantes de su informe, toda vez que en sus páginas 13 y 14, los autores del mismo indican que “utilizando una base de datos con precios diarios de Farmacias Ahumada para 440 medicamentos desde el 11 de noviembre de 2006 hasta el 30 de Noviembre de 2007 (395 observaciones en el tiempo para cada medicamento), se estimaron test de correlación de precios para determinar qué medicamentos no pertenecen a un mismo mercado relevante”. Sernac no habría acompañado la referida base de datos, en circunstancias que los autores del informe, señalan, en su página 14, haberla adjuntado en archivos STATA y una serie de resultados en un CD anexo del informe, además de hacer referencia a otros resultados que constan en anexos que no fueron acompañados, tanto en la página 15 como en el pie de página N°8, contenido en la página 19.

Objeta adicionalmente el mismo documento por falta de integridad, debido a que en sus páginas 30 a 34 contiene distintos pasajes tarjados, de tal forma que no resulta posible saber qué información se está omitiendo.

Lo anterior haría que las estimaciones y referencias de los señores Agostini y Saavedra no puedan ser replicadas ni verificadas por las partes ni por el Tribunal, dejando a los demandados en la indefensión, cuestión que no puede ser



aceptada, más aun considerando que Salcobrand sí acompañó las bases de datos, materiales y antecedentes electrónicos utilizados por el economista Justin McCrary en la elaboración del informe acompañado por aquella el 12 de noviembre de 2015.

Objeta asimismo, a fojas 1405, por falta de integridad, los informes elaborados por los economistas Javier Núñez, Tomás Rau y Jorge Rivera, en octubre y diciembre de 2010; en cuanto al primero de ellos, por no haber acompañado el Sernac los antecedentes, las bases de datos ni los anexos utilizados para su elaboración, que los propios autores consideraron como partes integrantes de él, según constaría de la página 3 del mismo, donde se señala que “luego de un detallado estudio de la información existente según consta en autos del proceso, más las precisiones solicitadas por los peritos sobre tales contenidos, se procedió a consolidar los antecedentes de precios en bases de datos para cada una de las farmacias, las que ahora resultan ser consistentes y comparables entre sí, de modo de posibilitar los estudios concomitantes con los objetivos señalados”.

Denuncian que el Sernac no habría acompañado la referida base de datos, en circunstancias que la misma es citada en diferentes pasajes del informe, al punto que los autores hacen mención a que tendría aproximadamente 42 millones de registros.

Sostienen adicionalmente que los autores en distintos pasajes citan cuatro anexos del referido informe (Anexo 1, gráficos de precios; Anexo 2, quiebres por medicamento; Anexo 3, alzas; y Anexo: Programas en STATA), que tampoco fueron acompañados, en circunstancias que según sus palabras “todas las rutinas destinadas a aplicar los test anteriores han sido programadas en STATA, y sus códigos correspondientes son parte constitutiva de este análisis y del peritaje (ver Anexo: Programas en STATA, el cual por razones obvias se adjunta en medio magnético)”.

Respecto del segundo de los informes objetados a fojas 1405, esto es el informe económico elaborado por los economistas Javier Núñez, Tomás Rau y Jorge Rivera en diciembre de 2010, objetan su falta de integridad en razón de que correspondería a un complemento del informe elaborado en octubre de 2010, por lo que adolecería en su origen de la falta de integridad objetada y, en razón de que haría referencia a información utilizada para su elaboración que no ha sido acompañada a la causa. Ejemplifica lo recién anotado con la referencia que se haría a una base de datos de transacciones (página 4), y a series de precio lista



(página 5), programas (página 7) y anexos (páginas 7 y 14) que no han sido acompañados.

Lo explicado haría que las estimaciones y referencias de los señores Núñez, Rau y Rivera no puedan ser replicadas ni verificadas por las partes ni por el Tribunal, dejando a los demandados en la indefensión, más aun considerando que Salcobrand sí acompañó las bases de datos, materiales y antecedentes electrónicos utilizados por el economista Justin McCrary en la elaboración del informe acompañado por aquélla el 12 de noviembre de 2015.

Solicita tener por objetados, por falta de integridad, el informe económico de los señores Claudio Agostini y Eduardo Saavedra, y los informes económicos elaborados por los economistas Javier Núñez, Tomás Rau y Jorge Rivera en octubre y diciembre de 2010, todos acompañados por Sernac a fojas 1281, y, en definitiva, restarles todo mérito probatorio.

Por resolución escrita a fojas 1453, de fecha 4 de diciembre de 2015, se confirió traslado a las objeciones, los cuales fueron evacuados por Sernac a fojas 1461, solicitando que la impugnación sea rechazada. Funda su presentación en los mismos argumentos expuestos al evacuar traslado a la objeción de documentos que fue expuesta en el considerando anterior, los que reproduce, y en base a los cuales solicita tener por evacuado el traslado en el plazo legal respecto de las objeciones formuladas a fojas 1403 y 1405, y con el mérito de lo expuesto, rechazarlas en todas sus partes.

CUARTO: Antes de resolver las objeciones opuestas, debe tenerse presente que para que ellas puedan prosperar es necesario que cumplan con ciertos requisitos, a saber: Que se invoque al menos una causal legal, la que solo puede ser la falsedad, falta de autenticidad o de integridad del documento; luego se exige indicar en forma concreta cuáles son sus hechos constitutivos, aplicados al caso concreto y no manera genérica; y finalmente, un tercer requisito, copulativo a los anteriores, es que dichos hechos específicos que justifican la causal invocada al caso concreto, se prueben.

QUINTO: En la objeción de fojas 303, planteada por la demandada Salcobrand S.A. al informe acompañado por el actor a fojas 254 sí se han cumplido los dos primeros requisitos antes enunciados, por lo que resta analizar si el último de ellos también se ha cumplido en la especie, a fin de determinar si la objeción formulada ha de ser acogida o no. En ese sentido, se ha fallado que la falta de integridad – causal de objeción invocada por Salcobrand– importa, en estricto rigor, que el



instrumento no sea completo. Y en el caso del informe titulado “Legitimidad del Sernac para demandar la indemnización de los daños causados por un cartel a los consumidores”, no podría ello afirmarse, toda vez que de su simple lectura puede comprobarse la estricta correspondencia entre el contenido y numeración de sus páginas con el propuesto en el sumario o índice del mismo documento, lo que da cuenta de que no existen páginas o pasajes que falten, como para configurar la causal de objeción alegada.

Respecto de la alegación de Salcobrand en cuanto a que el documento sería una simple sección de un documento mayor, lo que habría sido reconocido por los propios autores del informe, debe entenderse que la referencia hecha por ellos en una nota al pie a una “sección” –a la que alude Salcobrand y que constituye uno de los pilares sobre los cuales estructura su objeción– apunta al contenido de una sección de la propia estructura del documento impugnado, y no a que éste en sí mismo sea una sección o parte de otro documento mayor.

En cuanto a la alegación de ser el informe objetado un mero resumen de otro documento mayor, aun cuando así lo fuese, debe tenerse presente que el resumen de un documento es, de por sí, un documento independiente de aquél que resume, y el primero tiene por objetivo precisamente condensar en un menor número de páginas el contenido del segundo, por ser más extenso y/o complejo; pero ello no obsta a que sea íntegro, que pueda ser comprendido de su sola lectura, y que se baste a sí mismo, sin necesidad de estar acompañado del documento resumido, del cual evidentemente el resumen no forma parte, ni viceversa.

Así las cosas, sin perjuicio de ser o no un resumen de otro documento más extenso o un informe en sí mismo, no cabe duda de que el documento objetado es íntegro y completo, y que esa circunstancia no ha sido desvirtuada de ninguna manera por la parte objetante, correspondiendo por tanto que su valor probatorio sea ponderado soberanamente por el Tribunal; debido a ello, la objeción opuesta será rechazada.

SEXTO: Corresponde en segundo lugar pronunciarse acerca de las objeciones planteadas por la demandada Salcobrand S.A. a fojas 1338 respecto de los informes acompañados por el actor a fojas 1200 y 1281, y a fojas 1403 y 1405 respecto de los informes acompañados por Sernac a fojas 1281. A la luz de lo ya señalado en el considerando cuarto, en este caso las objeciones formuladas efectivamente cumplen con los dos primeros requisitos allí enunciados, por lo que



su estimación o no gira nuevamente en torno a si el último de esos requisitos también se ha configurado.

En el caso específico del informe económico elaborado por el economista Aldo González en octubre de 2015, su integridad se encuentra acreditada, toda vez que se trata de fotocopias atestadas como fieles a su original por el notario público don Félix Jara Cadot; en tanto que en el caso de los informes económicos elaborados por los economistas Claudio Agostini y Eduardo Saavedra en diciembre de 2009, y de los dos informes económicos elaborados por los economistas Javier Núñez, Tomás Rau y Jorge Rivera de octubre y diciembre de 2010, se trata de copias fieles de su original atestadas por el secretario abogado del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por lo que no podría afirmarse que dichos documentos sean incompletos, sin que la parte que alega la objeción aporte antecedente alguno suficientemente apto para desacreditar ese hecho.

A mayor abundamiento, las partes que la demandada Salcobrand, alega faltar a los documentos y que los harían incompletos constituyen anexos, los que por definición son documentos separados, unidos o agregados a otro con el que guardan estrecha vinculación, pero sin formar parte de él; o bien tablas y bases de datos utilizadas como base para la elaboración del informe, que si bien proporcionan la información utilizada para elaborar el documento, no forman parte integrante de él tampoco, de manera que no podría considerarse que al no haber sido acompañadas en autos, su falta permitiera objetar el documento por falta de integridad.

En consecuencia, es la opinión de este Tribunal que los documentos objetados se encuentran completos, debiendo la objeción planteada ser rechazada, por lo que corresponderá al Tribunal, en uso de sus facultades privativas, determinar cuál será el valor probatorio que se les asignará.

SÉPTIMO: Objeción de fojas 1413. A fojas 1413, es la parte demandante Sernac la que viene en objetar el documento acompañado por la demandada Farmacias Ahumada S.A en el segundo otrosí de su presentación de fojas 1238, consistente en una transcripción textual de las entrevistas realizadas por el director del Sernac, don Ernesto Muñoz, contenidas en los videos acompañados –en soporte electrónico pendrive– en lo principal de esa misma presentación. Funda su objeción en el hecho de no constarle la integridad del contenido de dicho documento, dado que en el mismo escrito se acompañaron los soportes digitales



que contienen las notas de prensa transcritas, respecto de los cuales solo en dicha ocasión (sic) tendría la oportunidad de contrastar ambos contenidos.

Solicita tener por objetado el documento, por no tener constancia de la integridad de su contenido, en base a lo expuesto.

Por resolución escrita a fojas 1453, de fecha 4 de diciembre de 2015, se confirió traslado a la objeción, el cual fue evacuado por la demandada Farmacias Ahumada S.A. a fojas 1459, haciendo presente que el documento impugnado por el Sernac es una transcripción de un documento que consta en formato digital, cuyo instrumento en soporte digital daría cuenta de la existencia y contenido del documento objetado por la demandante y fue acompañado a fojas 1238, solicitándose oportunamente la correspondiente audiencia de percepción documental; el Tribunal accedió a dicha solicitud, faltando solo la notificación de la resolución para que la audiencia tenga lugar, y si ello no ha sucedido es porque el expediente se habría encontrado en estado de resolver las distintas peticiones de las partes respecto de la prueba rendida. En consecuencia, no correspondería impugnar por falta de integridad o cualquier otra causal un documento que refleja el contenido de un documento digital que aún no puede exhibirse conforme a la ley, oportunidad que tendrá el Sernac en la audiencia de percepción documental, pudiendo en ella hacer constar lo que estime necesario. Por ello, la objeción planteada no podría prosperar mientras no se produzca la percepción documental.

Solicita tener por evacuado el traslado conferido mediante a fojas 1453, respecto de la objeción del demandante de fojas 1413 y, en mérito de lo expuesto, rechazarla en su totalidad con costas.

OCTAVO: Como ya se ha señalado en el considerando cuarto, cualquier objeción fundado en una causa legal debe cumplir, entre otros requisitos para ser acogida, con acreditar los hechos específicos que justifican la causal invocada al caso concreto, cuestión que no ha sucedido en la objeción por falta de integridad propuesta por el Sernac respecto del documento acompañado por la demandada Farmacias Ahumada en el segundo otrosí de fojas 1238, por cuanto, si bien Sernac alega que la integridad o autenticidad del documento no le consta, no aporta medio de prueba alguno que sustente esas aseveraciones y permita establecer de manera fehaciente la falta de integridad que configura la causal de objeción, limitándose –como se señaló– a manifestar que no le consta la



integridad requerida al documento por la ley, de manera que la objeción deberá ser desestimada por el Tribunal.

NOVENO: Objeción de fojas 1418. Del mismo modo, a fojas 1418, Sernac formula objeción respecto de los nueve documentos acompañados a fojas 1252 por la demandada Farmacias Ahumada S.A., consistentes en: **1.** Copia simple del requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en contra de FASA y las otras cadenas farmacéuticas en el mes de diciembre de 2008; **2.** Copia simple del acuerdo conciliatorio celebrado entre la Fiscalía Nacional Económica y FASA de fecha 01 de abril de 2009; **3.** Copia simple de la resolución de fecha 13 de abril de 2009 dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por la cual aprobó el acuerdo Conciliatorio; **4.** Copia simple de recurso de reclamación interpuesto por Cruz Verde ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia contra la resolución que aprobó el acuerdo conciliatorio; **5.** Copia simple de recurso de reclamación interpuesto por Jaime Mullet con fecha 24 de abril de 2009 ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, contra la resolución que aprobó el acuerdo conciliatorio, con citación; **6.** Copia simple de la resolución de fecha 31 de agosto de 2009 dictada por el Excmo. Corte Suprema, en la cual confirma la aprobación del acuerdo conciliatorio; **7.** Copia simple de sentencia dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia con fecha 31 de enero de 2012 condenando solamente a Cruz Verde y Salcobrand, declarando que éstas se coludieron para alzar los precios de al menos 206 medicamentos en el período comprendido entre diciembre de 2007 y marzo de 2008 y condenándolas al pago de una multa a beneficio fiscal de 20.000 Unidades Tributarias Anuales cada una; **8.** Copia simple de sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 7 de septiembre de 2012 que confirma la sentencia dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia referida en el numeral anterior; **9.** Copia simple de resolución dictada en sede de libre competencia, con fecha 17 de Junio de 2009, solicitando que FASA exhiba documentos, en calidad de tercero en el procedimiento ventilado en contra de Salcobrand y Cruz Verde.

Funda su objeción en que cada una de las copias acompañadas lo es de diferentes presentaciones efectuadas ante distintos Tribunales de Justicia, pero no han sido debidamente autorizadas por el Tribunal respectivo, además de no constar en ellas la firma del funcionario judicial respectivo, lo que no permitiría dar fe de su contenido, sin constar su autenticidad e integridad.

Solicita tener por objetados los documentos, restándoles todo valor probatorio.



DÉCIMO: Similar situación a la consignada en el considerando noveno se produce en relación con la objeción formulada por Sernac a los documentos acompañados por la demandada Farmacias Ahumada a fojas 1252, en la cual apunta a la falta de autorización de las copias por el Tribunal respectivo o de firma del funcionario judicial respectivo, lo que no permitiría dar fe de su contenido, autenticidad o integridad. No obstante los asertos vertidos por el demandante, existe al mismo tiempo una carencia de pruebas aportadas por él en orden a acreditar la falta de integridad o de autenticidad que alega, a cuyo efecto podría haber acompañado, por ejemplo, copias que cumplan con los requisitos que considera necesarios para ser dignas de fe, con las cuales contrastar las acompañadas por la demandada y dar por establecida la falta de integridad o de autenticidad que reclama. Esa insuficiencia probatoria impide la configuración del tercero de los requisitos enumerados en el considerando cuarto, obstando a que este Tribunal acoja la objeción opuesta, la que deberá por tanto ser rechazada.

UNDÉCIMO: Objeción de fojas 1420. Posteriormente, a fojas 1420, Sernac formula objeción respecto de los documentos acompañados a fojas 1268 por la demandada Farmacias Ahumada S.A., consistentes en las 10 certificaciones realizadas por el notario don Patricio Zaldívar Mackenna de diversas publicaciones efectuadas por las páginas web www.economiaynegocios.cl, www.radioagricultura.cl, impresa.lasegunda.com, www.emol.com, www.24horas.cl, cnnchile.com, www.infinita.cl, www.elmostrador.cl, www.latercera.com, y www.theclinic.cl referentes a que Sernac habría oficiado a CMPC ante la denuncia existente en su contra por colusión con SCA. Objeta dichos documentos por emanar de un tercero ajeno al juicio, quien no ha concurrido en él a reconocer su firma, no dando fe de su contenido, y por lo mismo, no constando su autenticidad ni integridad.

En la misma presentación objeta también los documentos acompañados en el otrosí de fojas 1268 por Farmacias Ahumada, consistentes en las publicaciones del diario La Segunda de 2 de noviembre de 2015; del Cuerpo B, “Economía y negocios” del diario El Mercurio, de fecha 3 de noviembre de 2015, y del diario La Tercera de 3 de noviembre de 2015, en base a que emanarían de un tercero ajeno al juicio, sin que conste al Servicio demandante su autenticidad e integridad.

Solicita tener por objetados los documentos, restándoles todo valor probatorio.

DÉCIMO SEGUNDO: En cuanto a la objeción planteada por Sernac a los documentos acompañados por la demandada Farmacias Ahumada a fojas 1268,



que fue expuesta en el considerando anterior, ella tampoco resulta admisible, toda vez que las publicaciones de páginas web acompañadas se encuentran certificadas por el notario público don Patricio Zaldívar Mackenna, y las publicaciones contenidas en los diarios La Segunda, La Tercera y el cuerpo B del Diario El Mercurio que fueron acompañadas en el otrosí de la misma presentación y se encuentran guardadas en custodia del Tribunal (N°7728-2015), cada una de ellas lo fue en su respectivo ejemplar original y en su totalidad, sin que la parte demandante haya aportado ningún medio probatorio que permita acreditar la falta de autenticidad o de integridad que alega respecto de unos y otros, más allá de simples declaraciones de no constarle que dichas características concurren respecto de los documentos objetados, o que emanan de un tercero ajeno al juicio que no los ha reconocido en él, circunstancia que apunta más a la valoración que debe dársele a la prueba ofrecida –facultad exclusiva del Tribunal que conoce de la causa– que a la efectividad de su falta de autenticidad o de integridad, lo que una vez más evidencia que la objeción opuesta no pasa de ser más que una aseveración de la parte objetante (Sernac), sin pruebas que la sustenten, razones suficientes para rechazarla respecto de los documentos acompañados por Farmacias Ahumada S.A. a fojas 1268, sin perjuicio del valor probatorio que el tribunal les asigne en la parte correspondiente de la presente sentencia.

2.- EN CUANTO A LAS TACHAS DEDUCIDAS:

DÉCIMO TERCERO: A fojas 1665, Cruz Verde tacha al testigo del demandante Aldo Patricio González Tissinetti, a la que adhiere Salcobrand a fojas 1667, fundada en que el testigo habría reconocido en sus respuestas a las preguntas de tacha haber preparado diversos informes a distintos organismos públicos y privados y tener, en relación con el caso de autos, perfecto conocimiento de que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en el juicio denominado caso Farmacias, lo designó perito, lo cual fue objetado en esa sede por Cruz Verde en atención a que el testigo había realizado declaraciones públicas en relación al tema de la colusión, manifestando sus opiniones, habiendo sido esa objeción acogida por dicho Tribunal.

Agrega que entre los requisitos que debe cumplir un testigo está la imparcialidad, y habiéndose permitido el testigo opinar en los medios de comunicación sobre el caso de colusión de las farmacias, carecería de la objetividad e imparcialidad necesaria para declarar en el presente juicio.



Por todo lo anterior, deduce tacha en contra del testigo señalado por la causal del artículo 358 N°6 del Código de Procedimiento Civil, al carecer de la imparcialidad necesaria para declarar por tener interés en el pleito a lo menos indirecto, solicitando se le declare inhábil para declarar, restándole en su oportunidad todo valor probatorio a su testimonio.

Evacuando el traslado conferido, la parte demandante Sernac solicita que la tacha sea rechazada con costas, habida consideración que el presente juicio versa sobre la protección de los derechos de los consumidores y, según la ley 19.496, la valoración de la prueba debe hacerse de conformidad con las reglas de la sana crítica, de manera que no sería aplicable la causal de tacha invocada, que está amparada en un sistema de valoración de prueba legal o tasada.

Añade a lo anterior que la causal invocada se basa en una eventual imparcialidad por tener interés directo o indirecto, pero de los dichos del deponente no se desprendería que exista un interés pecuniario que configure la tacha deducida, puesto que es la expertise del testigo la que hace necesaria su declaración, y en ese contexto, dada su actividad, puede emitir opiniones que digan relación con su actividad académica y pública, razones que serían suficientes para rechazar la tacha interpuesta.

La demandada Salcobrand se adhiere a la tacha interpuesta por Cruz Verde, solicitando se considere que en los procedimientos regidos en materia de prueba por la sana crítica es aún más importante determinar fehacientemente la imparcialidad del testigo, y que la tacha sea acogida en todas sus partes.

La parte demandante Sernac evacúa el traslado conferido solicitando la tacha sea rechazada en todas sus partes, con costas, dando por expresamente reproducidos los argumentos vertidos en el traslado evacuado a la tacha opuesta por Farmacias Cruz Verde.

DÉCIMO CUARTO: En relación con la falta de imparcialidad en la que se funda la tacha alegada, por tener el testigo en el pleito interés directo o indirecto, ha de señalarse que la jurisprudencia ha establecido que ese interés alegado debe ser de carácter pecuniario, y las demandadas Cruz Verde y Salcobrand no han alegado, ni menos acreditado, que el interés del testigo tenga esa calidad, aludiendo de manera genérica a un interés “a lo menos indirecto” en el juicio, sin señalar de qué manera específica ello sucede, a excepción de la referencia hecha a unas supuestas declaraciones públicas del testigo, cuyo contenido y fecha por lo demás, tampoco constan a este Tribunal, y al hecho de haber sido objetada –y



acogida la objeción— su designación como perito en el juicio tramitado ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en base a las ya señaladas declaraciones. En atención a lo recientemente razonado es que no puede entenderse que existan en autos antecedentes o indicios de falta de imparcialidad en la declaración del testigo que justifiquen la declaración de su inhabilidad, de modo que se rechazarán las tachas formuladas por Cruz Verde S.A. y Salcobrand S.A. al testigo Aldo Patricio González Tissinetti, en la audiencia de prueba testimonial de fojas 1663.

DÉCIMO QUINTO: Que a fojas 9, comparece don Juan José Ossa Santa Cruz, abogado, Director Nacional (PT) del Servicio Nacional del Consumidor, y actuando en su representación, ambos domiciliados para estos efectos en calle Teatinos N°50 piso 7, de la comuna y ciudad de Santiago, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, deduciendo demanda para la defensa del interés colectivo de los consumidores por infracción a las normas de la citada ley, en contra de Farmacias Cruz Verde S.A., Farmacias Salcobrand S.A. y Farmacias Ahumada S.A. representadas legalmente por don Eduardo Jiliberto Fritis, don Roberto Belloni Pechini, y don Mauricio Weisselberger Araujo, respectivamente, en mérito de las siguientes consideraciones de hecho y de derecho.

Señala que Sernac deduce la demanda de autos por cuanto Cruz Verde, Salcobrand y FASA, entre los meses de diciembre de 2007 y marzo de 2008, se habrían coludido para alzar los precios de al menos 206 medicamentos, causando perjuicios a los consumidores, perjuicios que en su concepto deben ser resarcidos. Los medicamentos en cuestión decían relación con enfermedades tales como la esquizofrenia, epilepsia, Alzheimer, manías y trastornos bipolares, requiriendo en su mayoría prescripción y orden médica previa.

De la colusión denunciada obtuvieron las farmacias rentas ilegítimas del orden de los \$27.000.000.000, en virtud del sobreprecio que debieron pagar los consumidores para poder adquirir tales medicamentos y continuar con sus tratamientos, alcanzando los perjuicios no solo a quienes pagaron el sobreprecio, sino también a los consumidores que no pudieron pagar los precios aumentados, privándose de continuar con sus tratamientos o continuándolos con medicamentos de inferior calidad.

Agrega que el Sernac tiene la representación de ambos tipos de consumidores dañados, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 3 de la ley 19.496,



y que la presente acción es ejercida en cumplimiento a lo establecido en el artículo 30 del Decreto Ley 211 según el cual los daños y perjuicios que hayan sido sufridos como consecuencia de una conducta anticompetitiva pueden ser demandados una vez ejecutoriada la respectiva sentencia condenatoria –en este caso, a partir del 7 de septiembre de 2012, luego que la Excma. Corte Suprema confirmara la sentencia previamente dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Recalca que en estos autos sólo sería necesaria la discusión relacionada a los daños y su relación causal con el ilícito, al haber sido éste ya establecido, tanto por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como por la Excma. Corte Suprema.

Relata que el 7 de septiembre de 2012, la Excma. Corte Suprema confirmó la sentencia condenatoria del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de 31 de enero de 2012, que acogió el requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica (FNE) en diciembre de 2008 en contra de las tres Farmacias demandadas en autos, sentencia que condenó a Cruz Verde y Salcobrand por infracción al artículo 3 letra a) del DL 211, por coludirse junto con FASA para alzar los precios de al menos 206 medicamentos en el mercado minorista nacional en el periodo comprendido entre diciembre de 2007 y marzo de 2008, fijando una multa a Cruz Verde y Salcobrand por una suma equivalente al máximo legal (20.000 Unidades Tributarias Anuales). Por su parte, FASA pagó la suma de 1.350 Unidades Tributarias Anuales tras alcanzar un acuerdo de conciliación con la Fiscalía Nacional Electrónico, que luego fue ratificado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Agrega que la colusión de las empresas aludidas es el mayor atentado a la competencia por el que se haya recibido condena en nuestro país, el único caso en que se ha aplicado por la Corte Suprema y por el TDLC la multa máxima contemplada en el DL 211, y su actuar ilícito habría afectado a consumidores de todo el país, dada la presencia nacional de las cadenas condenadas y su altísima participación conjunta en el mercado minorista de medicamentos, superior al 90%, a lo que debe sumarse el hecho de que los medicamentos cuyos precios subieron artificialmente producto de la colusión corresponden en gran medida a medicamentos éticos, cuyas ventas sólo son permitidas bajo receta médica, lo que hace que sean de difícil sustitución, dejando a los consumidores de los medicamentos afectados a la conducta colusiva no tuvieron una alternativa para evitar perjuicios, cuestión especialmente agravante si se considera que se trata de



medicamentos de uso recurrente (como los anticonceptivos orales femeninos), o que son imprescindibles para el tratamiento de enfermedades crónicas, como el asma, hipertensión, insuficiencia cardíaca, trastornos de ansiedad, depresión, esquizofrenia, osteoporosis, artritis, epilepsia, la enfermedad de Alzheimer, el colesterol elevado, manías, trastornos bipolares, infecciones respiratorias, varices, anemia y alergias, entre otras.

Se refiere a continuación a la responsabilidad civil por infracciones a la libre competencia en el derecho chileno, regulada en él por el artículo 30 del DL 211, según el cual la acción nace una vez que existe sentencia definitiva y ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, debiendo reclamarse los perjuicios ante el juez civil, quien al resolver sobre la indemnización de perjuicios, debe fundar su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecidos en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que se hubiere dictado con motivo de la aplicación del citado DL.

Explica que el hecho de poder demandar la reparación de los perjuicios solo una vez declarada la antijuridicidad de la conducta se conoce en el derecho comparado como “follow on”, en referencia a la necesaria concatenación de actuaciones, que exige a los afectados esperar el resultado de una condena pública del tribunal especializado competente para perseguir posteriormente las indemnizaciones, dadas las potestades fiscalizadoras y de investigación de las autoridades de la competencia.

Destaca que el tribunal civil que conoce del asunto debe basar su fallo en las conductas, los hechos y la calificación jurídica de los mismos que se han establecido en una sentencia del TDLC, confirmada por la Excma. Corte Suprema, acarreando el efecto de que dichos aspectos no podrían discutirse en esta sede, sino que solo cabría la discusión sobre los restantes elementos de la responsabilidad civil extracontractual para que sea procedente la indemnización, esto es el daño y su relación de causalidad con la conducta atentatoria contra la libre competencia.

Aborda luego el procedimiento aplicable en los casos en que el atentado contra la libre competencia causa daños en un número amplio de consumidores, cuál es el contemplado en los artículos 51 y siguientes de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, aplicable cada vez que se vea afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores. La ley, en su artículo 50, establece que el interés colectivo se refiere a acciones que se promueven en defensa de derechos



comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual, en tanto el interés difuso se refiere a las acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos. Este procedimiento sería aplicable siempre que intereses de esa clase se encuentren comprometidos en una relación de consumo, con independencia de las normas sustantivas que definen los derechos y obligaciones de las partes, pues a este respecto la aplicación de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores se regiría por un principio de concurrencia plena, de acuerdo con lo establecido en su artículo 2 bis, letra b).

Cita en apoyo de la postura antes expresada la historia fidedigna de la ley 19.955, modificatoria de la ley N°19.496 sobre protección de los Derechos de los Consumidores, que refrendaría la interpretación en el sentido que la aplicación de la letra b) del artículo 2 de la ley 19.496 no es supletoria sino directa, en virtud de lo señalado en las páginas 246 y 247 de los Diarios de Sesiones del Senado, de acuerdo con las cuales la Comisión decidió excluir del campo de aplicación de la Ley Sobre Protección de los Derechos del Consumidor los conflictos derivados de los contratos del sector de la construcción, sólo en lo relativo a la calidad de la misma, materia en que se seguirá aplicando la normativa especial de la Ley 19.472, lo que permite que en materias procesales, especialmente cuando sean afectados intereses colectivos o difusos, rija la Ley 19.496.

Señala que el criterio señalado ha sido recogido por nuestra jurisprudencia, en causa Ingreso Corte N°944-2012, “Sernac con Inmobiliaria Francisco de Aguirre”, la cual resuelve que lo dispuesto por el artículo 2 bis letra b) de la Ley N° 19.496, que expresamente establece la prevalencia de la aplicación de las disposiciones de esa ley en materias que estén reguladas por leyes especiales, cuando estuviere comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores.

Concluye que cada vez que se encuentre afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores, se debe aplicar el procedimiento colectivo consagrado por la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, con independencia de que se trate de hechos regulados por leyes especiales, como podrían ser las relativas a la libre competencia en los mercados.

Manifiesta que si cada consumidor afectado por la colusión de las farmacias concurre a tribunales y pusiera en movimiento al aparato jurisdiccional en forma independiente, se haría incurrir en un enorme costo a la Administración de Justicia, tanto en términos de tiempo como monetarios, razón por la cual la Ley de



Protección de los Derechos de los Consumidores le habría entregado al SERNAC, en los casos en que se afecten intereses colectivos de consumidores, la representación de todos ellos.

Considera que todo lo indicado dejaría claro que el Sernac representa a los consumidores cuando han sido dañados por una conducta anticompetitiva y que dicha representación se ejerce mediante la "acción de clase" contemplada en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, pues de lo contrario, si en la especie se estimara que el Sernac no puede representar a los consumidores una vez constatada una práctica anticompetitiva, ellos serían los únicos privados de demandar los daños y perjuicios provocados una conducta anticompetitiva; los únicos que no serían protegidos por el artículo 30 del DL 211. Ello pugna contra un principio respecto del cual existe consenso en Chile y en el derecho comparado: que son los consumidores los primeros que deben ser protegidos ante conductas anticompetitivas, pues son quienes las sufren de manera más directa y lesiva, validando un enriquecimiento sin causa de quienes se beneficiaron por una conducta anticompetitiva.

Se aboca luego con detalle a exponer sobre el tema de las conductas en las que incurrieron las demandadas, y su calificación jurídica, establecida por sentencia ejecutoriada de carácter condenatorio del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, confirmada por la Excma. Corte Suprema por sentencia de 7 de septiembre de 2012, dando por acreditada el alza concertada de precios entre las tres cadenas de farmacias demandadas.

Expresa que los hechos tenidos por establecidos por la Excma. Corte Suprema en su pronunciamiento sobre el recurso de reclamación interpuesto por las empresas condenadas fueron los siguientes:

Durante 2007 las empresas requeridas por la Fiscalía Nacional Económica desarrollaron una guerra de precios a través de fuertes campañas publicitarias, que incluían comparaciones de sus precios, incluso enfrentándose en tribunales mediante una demanda por competencia desleal. Esa guerra de precios habría derivado en reducciones de los márgenes de comercialización para todas las requeridas, en particular en los productos de la categoría "Farma" -medicamentos para consumo humano- que cumplen con la condición de ser "éticos" -medicamentos cuyas ventas solo son permitidas bajo prescripción o receta médica- y "notorios" -generadores de "percepción de precios" por ser cotizados por los consumidores y tener alto volumen de rotación-. Al ser capaces de inclinar



las preferencias de los consumidores hacia una u otra cadena de farmacias, en virtud de su mayor o menor precio, esos medicamentos habrían sido utilizados preferentemente en la disputa comercial.

Hacia noviembre de 2007, las cadenas Cruz Verde, Salcobrand y FASA decidieron poner fin a la "guerra" entre ellas, y comenzar la "paz", coordinándose para alzar los precios de determinados medicamentos al nivel de los precios de venta al público sugeridos por los laboratorios farmacéuticos (precios comunes para todas ellas), acuerdo que fue implementado de manera paulatina, incrementándose el número de productos a medida que se iba constatando el éxito del mismo, alcanzando un listado de 206 medicamentos, que el demandante enumera en un cuadro contenido en su demanda.

Señala que en definitiva Cruz Verde y Salcobrand fueron condenados al pago de una multa por atentar contra la libre competencia al coludirse para subir los precios finales de los medicamentos detallados precedentemente, estableciéndose también la participación en los hechos de FASA.

Prosigue analizando los elementos de la responsabilidad civil que deben analizarse en esta sede, los que a su entender estarían limitados, según lo preceptuado por el artículo 30 del DL 211, a la determinación de la existencia del daño y (ii) la relación de causalidad entre aquel y la acción ilícita, lo que sería una manifestación de lo que ocurre con las acciones civiles cuando han sido precedidas de un procedimiento sancionatorio, como sucede en autos, excluyéndose cualquier análisis relativo a la culpa y la imputabilidad.

Sobre la existencia de perjuicios, señala que su existencia fue reconocida por la Corte Suprema a lo largo de toda su sentencia, en particular su considerando septuagésimo sexto, el que se refiere expresamente al abuso de poder de mercado en el que incurrieron las empresas requeridas, acordando alzar los precios de 206 medicamentos, en perjuicio de los consumidores, obteniendo una importante rentabilidad total, alza concertada en con la que se pretendía recuperar las pérdidas sufridas con motivo de la guerra de precios que la había precedido.

Por su lado, la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en su considerando 198°, refuerza la gravedad de la infracción en atención a las negativas consecuencias económicas y sociales, y su impacto en consumidores de todo el territorio nacional, al considerar la colusión especialmente grave por la extensión del daño causado, determinada por la importante participación (92% en conjunto) de mercado de las empresas implicadas, por el número de



consumidores afectado por las alzas coordinadas de precios, atendida la participación de mercado, más aún si ella se extiende a todo el territorio de la República, y por la circunstancia de que el acuerdo probablemente se habría mantenido en el tiempo de no haberse iniciado en contra de las requeridas la investigación de la Fiscalía Nacional Económica que motivó el requerimiento. Todos estos factores evidencian que las consecuencias negativas de la conducta colusiva de las requeridas, tanto económicas como sociales, fueron extensas, lo que permite atribuir a esa conducta la mayor gravedad.

Agrega que los perjuicios causados a los consumidores provienen de dos fuentes: consumidores que adquirieron medicamentos a un precio colusorio, más alto que el que hubiera existido en un mercado competitivo, y consumidores que se vieron impedidos de adquirir medicamentos a causa del alza artificial de sus precios.

Sobre el primero de esos efectos, indica que sería evidente el directo perjuicio en las personas que adquirieron medicamentos en esa época, debido al sobreprecio pagado, mayores precios que fueron traspasados a las requeridas como rentas superiores a las nominales, tal como señala la sentencia de la Corte Suprema en su considerando nonagésimo, párrafo décimo.

Agrega al respecto que la certeza de que esos daños se produjeron proviene del hecho de que los consumidores efectivamente realizaron compras durante la época de la colusión, y su monto se expresaría en la diferencia entre el precio de mercado no colusivo y el precio efectivamente cobrado, en relación al volumen de ventas de las empresas coludidas durante el acuerdo anticompetitivo. La Excma. Corte Suprema señala que los ingresos brutos adicionales que obtuvieron las empresas involucradas como resultado del cartel ascendieron a la cifra de \$27.000.000.000, lo que se habría visto favorecido por la baja elasticidad de la demanda de estos productos, cuyas ventas no disminuyen significativamente si suben los precios, al ser elementos determinantes para el restablecimiento de la salud y calidad de vida de las personas.

Sostiene que los daños reseñados se enmarcan en las categorías más tradicionales del derecho civil. Así, la disminución del patrimonio de los consumidores afectados debido al gasto adicional en que incurrieron constituiría daño emergente. A la vez, se trataría de perjuicios actuales y ciertos, tanto por las características de la conducta ilícita como por la circunstancia de haber sido ella establecida por sentencia de la Excma. Corte Suprema.



En cuanto a la segunda fuente de daños mencionada, expresa que la baja elasticidad de la demanda por los medicamentos comprendidos en la colusión no obsta a que un número indeterminado de consumidores se vieron afectados por la conducta expuesta por la imposibilidad de acceder a los medicamentos necesarios para el tratamiento de sus enfermedades a causa del alza artificial de sus precios, cuestión reconocida por la Corte Suprema en el motivo nonagésimo de su sentencia, el cual establece que el análisis se centra en haberse afectado el precio de bienes que son considerados de primera necesidad, lo que puede generar que parte de la población no pueda acceder a ellos.

Expresa que se ha reconocido y aceptado en nuestra jurisprudencia que los afectados por violaciones a la Ley de Protección al Consumidor no son solo aquellos que adquirieron productos de la empresa en cuestión, sino también otras personas, distintas de quienes intervinieron en esa relación de consumo, y debe estimarse que este tipo de daños son un efecto necesario de cualquier alza artificial de precios.

Destaca que las alzas de precio de algunos de los medicamentos comprendidos en la colusión superaron el 50%, tal como muestran las comparaciones que realizó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en su sentencia.

Concluye que no puede cuestionarse la procedencia de la reparación de los daños, acreditada que ha sido el alza ilícita de precios en la sede respectiva, y dada la respuesta de los consumidores al alza de los precios, necesariamente se derivaría que se han producido los perjuicios mencionados a los consumidores, daño de carácter cierto, efectivo y ya producido en las víctimas, y no puramente eventual o hipotético.

Se explaya a continuación el demandante sobre el tópico de la evaluación de los perjuicios esgrimiendo que existen elementos para considerar que el daño a los consumidores es cierto y no meramente especulativo, colegido de los ingresos brutos obtenidos por las farmacias coludidas establecidos en la sentencia de la Corte Suprema, el que constituiría sólo una parte, pero no el total, de dicho daño. Por su lado, le certidumbre del daño quedaría en evidencia en base a la propia naturaleza de la conducta ilícita en que incurrió la demanda, pues al acordar un grupo de agentes económicos cobrar por sus productos un valor superior al precio de mercado, necesariamente cada consumidor que los ha adquirido ha pagado un sobreprecio injusto.



Afirma que en derecho comparado se ha llegado a una conclusión similar, en particular en varios casos de jurisprudencia europea, en los cuales se ha señalado que, del solo hecho de haberse acreditado la existencia de un cartel se sigue la existencia de perjuicios para los clientes que adquirieron los bienes o servicios.

Sobre la determinación de la cuantía de los perjuicios, indica que su dificultad no puede significar un beneficio para el infractor; y aun así, en el caso de los daños producidos por carteles, la evaluación del daño, sobre todo respecto del sufrido por los consumidores que adquirieron productos con sobreprecio, sería sencilla: En primer lugar, respecto del año derivado del sobreprecio cobrado, su monto equivaldría a una simple multiplicación del número de unidades vendidas por la diferencia entre el precio de colusión y el que habría existido sin ella. Este precio de mercado se determina, según la jurisprudencia comparada, utilizando diversos mecanismos; uno es la comparación del mercado bajo los efectos del cartel con un mercado similar, pero competitivo que puede ser el mismo en una época anterior o posterior, o bien uno similar, pero geográficamente distinto; o uno recreado sobre la base de análisis econométricos y regresiones.

Sostiene que más allá de lo recién expresado, la Excma. Corte Suprema ya estableció que las farmacias coludidas obtuvieron, como resultado de su actuar ilícito, ingresos brutos por la suma de \$27.000.000.000, suma da cuenta del sobreprecio cobrado a los consumidores por los productos adquiridos durante el periodo en que operó el acuerdo de cartel, sin perjuicio de los daños mayores que pudieran acreditarse.

En segundo y último lugar a este respecto, manifiesta, en cuanto al perjuicio difuso, que el derecho comparado ha recurrido a estudios econométricos para determinar su cuantía, los cuales son capaces de determinar con precisión la suma que el infractor debe pagar como indemnización.

Explica a continuación que la causalidad es requisito común a todo tipo de responsabilidad civil, fundamentándola por un lado, y limitándola por el otro, estableciendo respecto de cuáles de las consecuencias que se siguen de un hecho doloso o culpable ha de responderse. Para ello, las normas de la responsabilidad civil extracontractual exigen una relación de causalidad necesaria (elemento naturalístico) y directa (elemento normativo, que limita la responsabilidad a aquellas consecuencias dañosas que tienen suficiente proximidad con el hecho imputable) entre los hechos atribuidos al demandado y los daños sufridos por la víctima.



Señala que en este caso la relación de causalidad entre los perjuicios y el hecho sería evidente y consistiría en la infracción de la normativa especial en materia de competencia, mostrándose la necesidad entre la colusión y el daño causado tanto respecto de los perjuicios causados a consumidores que pagaron el sobreprecio como a aquellos que no pudieron comprarlos a tal precio, toda vez que una supresión hipotética de la colusión permite concluir que el alza de precios no se habría producido, de modo que los consumidores que compraron no lo habrían hecho a mayor precio, y los que no pudieron hacerlo no se habrían visto privados de los medicamentos, pues sin el sobreprecio los habrían podido adquirir.

El antes señalado elemento normativo de la causalidad también se encontraría satisfecho, en opinión del demandante, pues los daños producidos a ambos grupos consumidores tienen su fuente en la colusión, debiendo considerarse daños directos, al ser una consecuencia necesaria del alza de precios que define el cartel.

Detalla que para establecer la relación causal es útil tomar en cuenta el cálculo de las unidades de medicamentos vendidos por cada una de las cadenas de farmacias, multiplicada por el sobreprecio aplicado en cada caso, pero también puede recurrirse a los cálculos efectuados por la FNE en su requerimiento, según los cuales las farmacias coludidas obtuvieron ingresos brutos por \$27.262.000.000. Ellos se repartieron de la en \$12.978.900.000 que corresponden a Cruz Verde (Requerimiento de la FNE, párrafo 103), \$6.474.600.000 que corresponden a Salcobrand; y \$7.541.100.000 que corresponden a FASA. Destaca adicionalmente que la Excma. Corte Suprema estableció que las Farmacias obtuvieron ganancias por \$27.000.000.000.

Expresa que en el caso de daños difusos, en derecho comparado se ha recurrido al criterio de asignar los daños de conformidad a la participación de mercado de los agentes involucrados en la conducta.

Agrega que el artículo 51 N°2 de la ley de Protección de los Derechos de los consumidores dispone que al SERNAC le basta señalar el daño sufrido por los consumidores y solicitar la indemnización que el juez determine conforme al mérito del proceso, que debe ser la misma para todos los consumidores en igual situación.

Añade que la sentencia de la Excma. Corte Suprema implica que las farmacias vulneraron una serie de principios esenciales de la estructura legal de protección al consumidor, plasmados, entre otros, en el artículo 3 de la Ley de Protección de



los Derechos de los Consumidores, y que tienen naturaleza irrenunciable, tales como el contemplado en la letra a) de la norma citada relativa al derecho a la libre elección de los bienes y servicios, para cuyo ejercicio resulta esencial la existencia de un mercado en condiciones de competencia, que permita a los consumidores contar con diversas alternativas de productos. Acto seguido, la letra b) de la misma norma establece el derecho básico de contar con información veraz y oportuna relativa a los bienes y servicios, en cuyo sentido contrario habrían actuado las demandadas al ocultaron a los consumidores información relevante sobre el verdadero valor de los medicamentos. Por su parte, la letra e) de la norma en comento consagra el derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales sufridos en el contexto de una relación de consumo, en tanto el artículo 23 impone al proveedor un deber de profesionalidad, obligándolo a actuar con respeto de todas las normas de protección a los consumidores y de los principios y valores que inspiran dicha normativa.

Concluye su exposición afirmando que sería incontrovertible que la conducta infraccional de las demandadas afectó a un número significativo de consumidores (determinados o determinables) que pagaron un precio superior al de mercado a consecuencia de la concertación de los tres principales vendedores minoristas de medicamentos del país, con una concentración del 90% de la oferta nacional. También sería a su juicio incontrovertible que, pese a la escasa elasticidad de la demanda por los productos comprendidos en el acuerdo colusorio, habría un número de consumidores indeterminados que fueron dañados por su expulsión del mercado, al no poder comprar los medicamentos que usualmente consumían debido a su artificial mayor valor, soportando las consecuencias que ello implica.

Previas citas legales, solicita tener interpuesta demanda en contra de Farmacias Cruz Verde S.A., Farmacias Salcobrand S.A. y Farmacias Ahumada S.A., admitir a tramitación, y:

A. Declarar admisible la demanda de autos por cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 52 de la LPC.

B. Determinar en la sentencia definitiva los grupos y subgrupos de consumidores que fueron afectados por las demandadas, y declarar la procedencia y monto de las correspondientes indemnizaciones o reparaciones en favor del grupo o de cada uno de los subgrupos que correspondan, conforme con los artículos 51 N° 2, 53 A y 53 C letra c), todos de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores;



C. Condenar en costas a las demandadas.

DÉCIMO SEXTO: CONTESTACIÓN CRUZ VERDE A fojas 657, don Hugo Botto Oakle y don Freddy Ramírez León, abogados, en representación de Farmacias Cruz Verde S.A., evacúan el trámite de la contestación de la demanda, en los términos expuestos en su presentación.

Tras una muy breve síntesis de la demanda deducida en autos por Sernac, presentan al Tribunal la estructura sobre la cual se va a organizar la exposición de su defensa, dividida en dos acápites, el primero relativo a las excepciones dilatorias, de incompetencia absoluta en razón de la materia; de litis pendencia; de inadecuación del procedimiento; y de ineptitud del libelo en relación con el artículo 254 del CPC y la formulación de la causa de pedir en relación al artículo 52 de Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores. El segundo acápite contiene las excepciones perentorias y alegaciones opuestas, las que –adelantan– son las siguientes: 1.- Excepción de falta de legitimación activa del Sernac; 2.- Excepción de falta de legitimación pasiva de la parte que representan; 3.- Excepción de inexistencia de la prejudicialidad alegada por el Sernac; 4.- Alegación de improcedencia de la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual deducida; 5.- Excepción fundada en la omisión de una acumulación inicial de acciones exigida por la ley; 6.- Alegación de improcedencia de las indemnizaciones de perjuicios demandadas por supuesta infracción a intereses difusos de los consumidores; 7.- Alegación o defensa de inexistencia del daño demandado; 8.- Alegación de inexistencia de daño indemnizable por falta de requisitos legales y de falta de causalidad del mismo; 9.- Alegación de indeterminación de la contribución al daño en el evento de su existencia; 10.- Excepción de prescripción.

La primera de las excepciones dilatorias opuestas es la de incompetencia absoluta del Tribunal, del artículo 303 N°1 del Código de Procedimiento Civil, basada en que en aquellos casos en que la ley no entrega en términos expresos al conocimiento del Juez que conoce del asunto la materia sometida a su decisión, ese Tribunal es incompetente en términos absolutos, cuestión que precisamente sucedería en la especie, toda vez que el Sernac habría deducido la presente demanda ejerciendo la acción del artículo 30 del D.L. 211, que comprendería única y exclusivamente una indemnización de perjuicios derivada de una infracción a la Ley de Defensa de la Libre Competencia y, referida únicamente a intereses individuales y no a intereses colectivos ni difusos.



Plantea la demandada Cruz Verde S.A. que por expresa regulación legal, la acción de indemnización de perjuicios deriva o emana de una infracción al mismo DL 211, de modo que el resarcimiento solo puede tener lugar en virtud de un ilícito anticompetitivo, de los establecidos en el artículo 3 de la misma norma citada.

Postulan que ni la fuente jurídica, ni el objeto de la acción interpuesta, ni su causa de pedir, corresponden a la materia por la cual se debió ejercer la acción de los legitimados activos que prevé la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, y en la especie, el objeto de la litis relacionado con el elemento de la competencia denominado materia se encontraría determinado con el ejercicio de la acción del artículo 30 del DL 211, lo que a su parecer demostraría que este Tribunal sería incompetente absolutamente para conocer de la demanda promovida, debido a que no sería el caso o la materia de autos uno regulado por la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores.

Abonan adicionalmente su argumentación señalando que la acción del artículo 30 del DL 211 comprende única y exclusivamente intereses individuales, y no puede ejercerse respecto de Intereses Colectivos, sean aquellos Colectivos propiamente tales o aquellos definidos como difusos por el legislador en materia del consumidor en el artículo 50 de la ley respectiva. Esa exigencia en razón de la materia no puede subsanarse por el hecho que el Sernac diga que ejerce la acción en defensa de un interés colectivo o difuso, porque el examen de la competencia debe atender a la materia de la litis, que responde al objeto de la acción y su respectiva causa de pedir, pues de lo contrario se estaría abriendo la puerta a que el propio Sernac fuera quien arbitrariamente definiera la competencia de un Tribunal, a través de su propia declaración de accionar en defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores.

En base a lo anterior, afirman que no puede entenderse de interés Colectivo o de interés difuso la acción del artículo 30 del D.L. 211, en los términos del artículo 50 de la LPC, cuando su objeto es indemnizar perjuicios que tienen por fuente jurídica de esa obligación una infracción a la Ley de Defensa de la Libre Competencia, así como tampoco puede entenderse de interés colectivo o difuso la acción del artículo 30 del D.L. 211, en los términos del artículo 50 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, cuando su causa de pedir es un hecho constitutivo, tipificado y sancionado específicamente en el artículo 3 del D.L. 211 sobre defensa de la Libre Competencia. Así, al tener su fuente la obligación de indemnizar perjuicios en una infracción concreta y tipificada en la Ley de la Libre Competencia, sería claro que tanto el objeto de esa acción como su causa de pedir no están basados en un interés colectivo o difuso de los que regula la Ley de



Protección de los Derechos de los Consumidores, sino en el bien Jurídico libre competencia, que protege al mercado o a los agente económicos en el mercado. Agregan que aun cuando se supusiera que el artículo 30 del DL 211 permitiera que los consumidores reclamaran los perjuicios que la infracción a la libre competencia pudiera haberles provocado, la competencia sería de los juzgados de Policía Local, quienes tiene la competencia exclusiva relacionada con la defensa de los intereses individuales, según el artículo 50 A inciso 1° de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, de la que se excluyen solamente los casos del inciso 2° de la misma disposición legal, que tampoco serían los intereses involucrados en la acción ejercida en autos, dado el carácter individual que los intereses a que se refiere la acción del artículo 30 del D.L. 211 tendrían.

Justifican el carácter individual de los intereses recién mencionados en el hecho de que la obligación a que da derecho esa disposición legal tendría su fuente legal en una infracción al propio DL 211 y no en la misma Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, como lo regula y exige expresamente el mismo artículo 50 de dicha norma, referido a los intereses Colectivos y Difusos, al señalar que “el incumplimiento de las normas contenidas en la presente ley dará lugar a las acciones destinadas a sancionar al proveedor (...)”

En base a lo antes señalado, ante la inexistencia de intereses colectivos y difusos que defender, al supuesto afectado solo le quedarían dos vías, a saber: i) Ejercer la acción indemnizatoria del artículo 30 del D.L. 211, cuya fuente de la obligación es una infracción a esa misma Ley de Defensa de la Competencia, conforme con el procedimiento del juicio sumario que ahí se dispone; o ii) Ejercer acción infraccional al amparo de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, en su calidad de consumidor, y además demandar perjuicios, pero ante la Justicia de Policía Local, dueña en ese caso de la competencia exclusiva. Solicitan se acoja la excepción, declarando que el tribunal no es competente para conocer de la demanda de autos, en razón de la materia o en los términos que estime procedente acogerla.

Oponen en segundo lugar excepción de litis pendencia, toda vez que ya sea por los debidos emplazamientos a su parte, por pesquisa en el sistema de búsqueda de causas o por difusión de los medios de comunicación, se habría precisado la existencia de al menos ocho procesos judiciales promovidos respecto de los mismos hechos materia de la presente causa, los que identifica como los siguientes: “Gustavo Hasbún Selume y otros con Farmacias”, Rol C-5.840-2009, ante el 29° Juzgado Civil de Santiago; “Arévalo con Farmacia Ahumada”, Rol C-



6.045-2009, ante el 11° Juzgado Civil de Santiago; “Asociación de consumidores con Farmacias Ahumada S.A.”, Rol C-6.452-2009, ante el 28° Juzgado Civil de Santiago; “Asociación de Consumidores de Tarapacá (ASOCOT) con Farmacias Cruz Verde S.A. y otras”, Rol C-427-2009, ante el 3° Juzgado de letras de Arica; “Sernac con Farmacias Ahumada S.A.”, Rol C-37.607-2009, ante el 1° Juzgado Civil de Santiago; “Organización de Consumidores con Farmacias Ahumada S.A.”, Rol C-10.351-2013, ante el 25° Juzgado Civil de Santiago; y “Asociación Regional con Farmacias Ahumada S.A.”, Rol C-8.542-2013, ante el 1° Juzgado Civil de Concepción.

Señalan que el tenor y texto de las citadas demandas y la presentada ante este Tribunal son similares entre sí, en cuanto se basarían en los mismos hechos, sin ninguna diferencia entre ellas a ese respecto, de modo que del análisis de los libelos presentados en dichos procesos se advertirá que en la especie se cumplen todos y cada uno de los requisitos establecidos por la ley para acoger la presente excepción dilatoria, esto es que exista un juicio pendiente (en este caso, una pluralidad de ellos), identidad legal de partes (en todos los procesos referidos se ha invocado por los actores, el representar un interés Colectivo y/o Difuso de los consumidores, y en la mayoría de ellos se entre cruzarían los mismo sujetos pasivos de este proceso); identidad de cosa pedida (el objeto de todas las acciones singularizadas es el mismo, con excepción de la deducida por Sernac contra Farmacias Ahumada S.A. por un eventual incumplimiento del Plan de Compensación); identidad de objeto pedido (que es el beneficio jurídico perseguido en el juicio, cual es que se condene a las demandadas al pago de indemnización por los supuestos perjuicios sufridos por los consumidores con ocasión del llamado "Caso Farmacias"); e identidad de causa de pedir (requisito referido a las razones o motivos, hechos o fundamentos que inducen a reclamar un derecho, que en todos los juicios señalados está constituido por la presunta infracción cometida por los demandados verificada en los supuestos ilícitos anticompetitivos que habrían cometido las demandadas en los hechos vinculados al "Caso Farmacias")

Sostienen que en la especie existe una absoluta identidad entre todos o alguno de estos procesos, cumpliéndose así el requisito de triple identidad que exige la ley para hacer admisible la excepción interpuesta, de manera que Sernac estaría impedido de presentar una nueva demanda en contra de su representada.

Solicitan, en subsidio de la excepción de incompetencia absoluta, acoger la de litispendencia que en el acto deducen, declarando que concurren los supuestos de procedencia de ésta, por lo que el presente juicio no podrá continuar mientras



estén vigentes los respectivos juicios, o acogerla en los términos que el Tribunal estime procedente hacerlo.

Oponen a continuación excepción de inadecuación del procedimiento, basada en que la acción ejercida en autos por el Sernac es la de indemnización de perjuicios del artículo 30 del DL 211, pretendiendo someterla al procedimiento colectivo regulado en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores. Sin embargo, la norma recién citada hace aplicable a la acción indemnizatoria perjuicios a que haya lugar con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, el procedimiento sumario del Título XI del Libro III, que sería el procedimiento adecuado para este caso y no el regulado en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, lo que materializaría la inadecuación del procedimiento intentado en autos por el Sernac.

Refuerzan su argumento razonando que en el caso de autos el Sernac no está representando intereses colectivos ni difusos pues, de existir derechos comprometidos, ellos son subjetivos individuales, los que de conformidad al artículo 30 del DL 211 deben demandarse a través del procedimiento sumario contemplado en dicha disposición.

Destacan adicionalmente que la norma en comento prescribe en su inciso segundo que al resolver sobre la indemnización de perjuicios a que pudiere haber lugar, el tribunal competente deberá fundar su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecidos en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, limitando así la competencia de este Tribunal para pronunciarse sobre la presente demanda, dado que su sentencia definitiva sólo podría fundarse en la que ya fue dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Derivan de lo anterior que la acción del Sernac, en los términos planteados, impide que este Tribunal se pronuncie sobre una posible infracción a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, puesto que su argumentación para resolver las indemnizaciones debe limitarse a la infracción declarada en materia de libre competencia, sede en la que la parte que representan no pudo defenderse de la imputación de una infracción a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores.

Adicionalmente argumentan que, de entenderse que el Sernac tiene la legitimación activa necesaria para actuar en estos autos, la única indemnización de perjuicios que la ley le permitiría conceder debería sustentarse -por mandato legal- en las conductas, hechos y calificaciones jurídicas contenidos en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, esto es una conducta



constitutiva de y calificada como colusión. Y ella constituye una infracción al D.L. 211 y no una a los derechos del consumidor, de manera que tal como se ha planteado la demanda por el Sernac, el artículo 30 del DL 211 no sería aplicable, bajo el entendido que en la especie lo que se persigue es sancionar con una indemnización una infracción a los derechos del consumidor, mientras que fundamentos del fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sobre los que a su vez debe fundarse la sentencia que eventualmente se pronunciaría en este pleito, obedece a una infracción a la ley de libre competencia.

Alegan que lo anterior demostraría que el Sernac no tiene legitimación activa en este juicio al pedir una condena indemnizatoria por afectación de los derechos de los consumidores, pues esa es una calificación jurídica de los hechos que escapa a los límites impuestos al Tribunal por el fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Se refieren a continuación a las normas contenidas en el número 2 del artículo 18 y en el artículo 31 del DL 211; la primera de ellas faculta al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para conocer a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir sus disposiciones. La segunda, regula el ejercicio de dicha facultad, estipulando que “El decreto que ordene la iniciación del procedimiento se publicará en el Diario Oficial y en el sitio Internet del Tribunal y se notificará, por oficio, a la Fiscalía Nacional Económica, a las autoridades que estén directamente concernidas y a los agentes económicos que, a juicio exclusivo del Tribunal, estén relacionados con la materia, para que en un plazo no inferior a quince días hábiles, estos y quienes tengan interés legítimo puedan aportar antecedentes.

Coligen de las dos normas citadas que el D.L. 211 se puso en el caso que personas distintas a la Fiscalía Nacional Económica tuvieran un interés legítimo en actos no contenciosos, para validar su participación.

En base a lo anterior, interpretan las normas expresadas en el sentido que, al ampliar el DL 211 la legitimación activa en materias de su ámbito, lo hizo expresamente y con un formato más bien propio de las acciones populares, pero no hizo lo mismo en el caso del artículo 30, por el cual sujeta la acción de indemnización a las reglas generales del Código de Procedimiento Civil, que solo regula la legitimación individual y el litis consorcio, por lo que sería dable concluir, a contrario sensu, que el Sernac no tendría legitimación activa en este caso, pues de haberlo querido así el legislador, el D.L. 211 lo habría contemplado a texto expreso, como lo hizo para los asuntos no contenciosos.

Abonan el razonamiento anterior refiriéndose a letra c) del artículo 2 bis de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, que establece el derecho



consumidor o usuario para recurrir ante el Tribunal correspondiente en forma individual, conforme al procedimiento por esa ley contemplado, a fin de ser indemnizado de todo perjuicio originado en el incumplimiento de una obligación contraída por los proveedores, siempre que no existan procedimientos indemnizatorios en dichas leyes especiales; argumentan que, incluso suponiendo que el DL 211 fuera una ley especial –opinión que se apartaría de lo que la Doctrina y la Jurisprudencia vienen entendiendo hace años-, de igual forma la contra excepción de la letra c) del artículo 2 bis de la ley en análisis es aplicable solo en cuanto la ley especial no contemple un procedimiento indemnizatorio, lo que no sucede en el caso, pues el artículo 30 del DL 211 específicamente regula el ejercicio de las acciones indemnizatorias a que haya lugar con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva condenatoria ejecutoriada, impidiendo que se verifique el segundo requisito del citado literal c) del artículo 2 bis.

Aluden a la historia fidedigna del establecimiento del artículo 2 bis para reforzar su postura de que el DL 211 no sería de las leyes especiales a las que dicha norma hace referencia, la cual adicionalmente, no es una ley de consumo. Citan en particular al diputado Tuma, al informar en sala, como una de las principales modificaciones de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, la ampliación de su ámbito de aplicación, “convirtiéndola en norma general aplicable a todos los actos de consumo y supletoria de las leyes especiales relacionadas con la protección de los consumidores.” De ello surgiría que las leyes especiales a que alude el artículo 2 bis de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, necesariamente deben ser de consumo, no cualquier ley especial, por lo que el DL 211 no puede ser base de la aplicación del artículo 2 bis de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, como se pretende en autos, pues no habría afectación de derechos del consumidor en una sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Y aun cuando se pensara que si fuera una de las leyes contempladas en el varias veces citado artículo 2 bis, sería una de las que sí contempla un procedimiento indemnizatorio especial y propio de su ámbito (en su artículo 30), por lo que de igual forma no correspondería una acción colectiva como la ejercida en autos.

Concluyen de lo anterior que la acción de autos corresponde a la concedida por el artículo 30 del DL 211, deducida con improcedente aplicación del art. 2 bis de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores. Por ello el procedimiento adecuado para ejercerla sería el del primero de los artículos citados, de carácter sumario y en el que no existiría posibilidad de discutir los hechos relativos a la infracción en materia de libre competencia, prejudicialidad que no sería extensiva



a las normas protectoras de los consumidores, las que exigirían demandar y acreditar una infracción distinta. Ello haría también improcedente en la especie un procedimiento colectivo, sino solamente un eventual litis consorcio activo y pasivo, sujeto a las reglas generales del Código de Procedimiento Civil.

Solicitan se acoja la excepción opuesta, declarando que el procedimiento al que se sometió la acción de autos no es el que corresponde de conformidad con la ley, por lo que se le pone término al presente juicio, a fin que el demandante someta la acción que ejerció al procedimiento legal correspondiente, o acogerla en los términos que el Tribunal estime procedente.

Oponen seguidamente excepción de ineptitud del libelo en relación con el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil y la formulación de la causa de pedir en relación con el artículo 52 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, por cuanto la demanda debiera, en su concepto, fundarse en una infracción a la LPC u otra ley de consumo, pues para prosperar sería menester que los hechos en que se funde constituyeran una infracción a un deber del demandado conforme con lo preceptuado por la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, ya que debiera explicar el demandante que los argumentos de su demanda justifiquen razonablemente la afectación del interés colectivo y difuso que dice defender. Esta fundamentación razonable de la afectación del interés supraindividual determinaría que el procedimiento colectivo solamente se aplique cuando se acredite tal agravio de manera razonable, exigencia que, en su opinión, la demanda presentada en autos por Sernac no cumpliría.

Sustenta la excepción opuesta en que la demanda no invoca infracción alguna a las disposiciones de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, sino que se funda en el artículo 3 letra a) del D.L. 211, pues su texto no contiene ninguna mención a alguna infracción a la LPC que pudiese dar lugar a la acción por intereses colectivos y difusos que se intenta, ni tampoco explica ni razona como, de qué forma y cuál derecho del consumidor es el que la parte que representa ha infringido, fundándola en la colusión declarada jurisdiccionalmente respecto de las 3 cadenas farmacéuticas demandadas en autos y señalando que ello constituiría un grave atentado contra la libre competencia, en los términos del artículo 3 letra a) del DL 211, sin indicar cuál sería la norma de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores infringida, ni pedir la aplicación de las multas que impone la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, lo que supondría prescindir de la exigencia de una declaración previa de responsabilidad contravencional, única manera de hacer procedente la condena indemnizatoria en un juicio de esta clase, atendido lo dispuesto en el



artículo 1 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, el cual señala que el objeto de dicho ley es el de “normar las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en estas materias”.

Añaden que la demanda no contiene solicitud de condena infraccional alguna, lo que se traduciría en que, de accederse a la indemnización solicitada en la demanda, ella no tendría fuente legal que la habilite ni, por consiguiente, causa. Desprende de ello que el artículo 50 de la llamada ley del consumidor habilitaría para iniciar acciones judiciales solo cuando los intereses cautelados por ella se encuentren afectados o amenazados, siendo, de acuerdo con el inciso segundo de la misma disposición, la infracción a esa ley en particular, y no a otras, la única fuente que daría lugar a las acciones destinadas a sancionar al proveedor que incurra en tal infracción, y a obtener la indemnización o reparación que corresponda.

Adicionalmente pone de relieve que el texto del artículo 53 de la ley 19.496, al establecer que la sentencia, además de los requisitos del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil deberá –entre otros requisitos contemplados– “b) declarar la responsabilidad del o los proveedores demandados en los hechos denunciados y la aplicación de la multa o sanción que fuere procedente. La suma de las multas que se apliquen por cada consumidor afectado tornara en consideración en su cálculo los elementos descritos en el artículo 24 y especialmente el daño potencialmente causado a todos los consumidores afectados por la misma situación”, permitiría concluir que sin condena infraccional en virtud de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, no operaría la acción de clase indemnizatoria, y que las acciones infraccionales que motivan la presente demanda se encontrarían prescritas. Y en esta demanda no se pide condena en lo infraccional ni en contra de su representada ni de ninguna de las demás demandadas, que es lo mismo que no invocar una infracción específica de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores o de otras leyes de consumo, que permita solicitar la declaración judicial de esa infracción a esas leyes y la consiguiente aplicación de sanciones, lo que sería consistente con su postura, cual es que esta acción colectiva no puede sostenerse en un fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que solo da por establecido un injusto monopólico, sin configurar ningún incumplimiento concreto de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores.

Alega que la circunstancia ya descrita constituiría una infracción al acto propio por parte de Sernac, que en su demanda presentada en contra de FASA ante el 1° Juzgado Civil de Santiago, bajo el rol N° 37.607-2009 expresó que “la colectividad



de consumidores afectados por el incumplimiento de lo ofrecido por FASA, y que han sufrido daño poseen este mecanismo procesal para que en primer lugar SS, declare la infracción a los artículos 12 y 3 e), y luego determine los daños que deben repararse a los grupos y subgrupos de consumidores (...) Como se desprende de su tenor literal de esta norma, la modificación introducida a la LPC por la ley 19.955 extendió la aplicación normativa de la Ley, reforzando su rol, pues además de regir supletoriamente en materia sustantiva, se aplica el procedimiento colectivo consagrado en ella aun existiendo normativa especial, siempre que se cumplan los requisitos de la relación de consumo que desprenden del artículo 1° Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores”. En esos autos, aun cuando el hecho en que se funda la demanda -la colusión- se encuentra declarado por una sentencia judicial ejecutoriada, el Sernac, que no fue parte en ese juicio ni compareció en él, no indica cómo dicho ilícito configuraría una infracción a la LPC.

De lo anterior concluyen que la presente demanda no cumple con contener una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que justifican razonablemente la afectación del interés colectivo o difuso de los consumidores, en los términos del artículo 50 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, en relación con el art. 254 del Código de Procedimiento Civil. Para su representada tales fundamentos deben ser infracciones a la LPC y no a otros cuerpos legales ajenos al consumo, y así lo habría reconocido expresamente el SERNAC en el juicio promovido contra FASA.

Continúan su argumentación esgrimiendo que la colusión es un ilícito de libre competencia, pero no vulneraría disposición alguna de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, pues estudiar los derechos de los consumidores que en teoría podrían haberse visto afectados por la colusión de las farmacias demandadas, cuesta entender cuál de esos derechos específicamente es el que habría sido dañado con la conducta colusiva, aspecto que habría sido silenciado por el Sernac en su libelo.

Agregan que el artículo 3 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, al consagrar los derechos y deberes básicos de los consumidores, no contempla los hechos en que se basa la presente demanda, siendo que sólo trasgrediendo alguno de esos derechos o cualquiera otros de los establecidos en esa misma Ley, es que un proveedor puede ser pasible de una acción de aquellas reconocidas por el artículo 50 de este texto legal. Mas ninguno de esos derechos fue indicado por el Sernac como transgredidos, ni forman parte de la demanda deducida.



Atribuyen lo anterior al hecho de que la acción contravencional nacida de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores no existiría, desde que la conducta colusiva no configuraría ninguna infracción a ella ni a otra ley especial de consumo y, de configurarla, la acción estaría prescrita.

Ponen de relieve que la demanda intentada por Sernac en estos autos se basa en un fallo condenatorio dictado en otra sede y en base a una ley cuyo propósito no es proteger a los consumidores, sino la libre competencia, lo que califican de improcedente, pues la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no resulta idónea para determinar la afectación de Intereses Colectivos y Difusos de los consumidores, toda vez que lo que la legislación antimonopolio protege es la libre competencia en los mercados, bien jurídico de orden público que busca permitir que los agentes económicos estén en una situación de competencia tal, que puedan producir bienes y/o explotar servicios en condiciones óptimas, garantizando así la producción y comercialización de mejores bienes o servicios, al precio más conveniente posible, y así estaría reconocido por el propio tenor literal del artículo 1 del DL 211. Ahora, si bien la libre competencia en los mercados busca cautelar un mercado competitivo en beneficio de los consumidores finales de bienes o servicios, no dispensa a los consumidores una protección directa, la cual está regulada en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, que establece los derechos y obligaciones concretas que imponen las relaciones de consumo.

Nuevamente acuden a la historia fidedigna de la ley para sustentar su postura, la que quedaría reafirmada por el Mensaje de la Ley N° 19.911, modificatoria del DL 211, explica que se ha estimado pertinente modificar los primeros artículos de ese cuerpo legal, otorgando mayor claridad al bien jurídico protegido, de modo que el Tribunal disponga de una guía más precisa para sus pronunciamientos. Citan al profesor Jorge Streeter en cuanto a la necesidad de delimitar el bien jurídico protegido y separarlo de los ámbitos de la protección del consumidor, de la competencia desleal y de las prácticas restrictivas en el comercio internacional, que cautelan bienes jurídicos distintos y cuentan con procedimientos, jurisdicciones y sanciones propias. Se refieren asimismo a las indicaciones presentadas para definir "libre competencia", en el segundo informe de las Comisiones de Constitución y Economía unidas, según las cuales su propósito de la ley "es la defensa de la libre competencia, para lo cual el elemento central es la participación de las personas en las actividades económicas. En ese marco, la eficiencia y el bienestar de los consumidores son fines eventuales y mediatos". Aluden también a la intervención del diputado Uriarte en la discusión en sala de la ley, quien afirmó que el bien jurídico protegido por la Ley es la libre competencia,



es decir "la posibilidad de participar en el mercado en igualdad de condiciones en la fabricación, producción, distribución y comercialización de bienes y servicios. La ley no se preocupa de la distribución de los recursos ni tampoco de la defensa de los derechos de los consumidores, porque son temas distintos, son bienes jurídicos diversos, que tienen leyes y cuerpos orgánicos también diferentes".

Reafirman así su conclusión en el sentido que los consumidores no son sujetos protegidos por el DL 211, lo que convertiría al sustrato fáctico y jurídico de la demanda de autos en errado y disconforme con las exigencias del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

Indican de forma adicional que la acción indemnizatoria establecida en el artículo 30 del DL 211 corresponde a un derecho subjetivo de naturaleza individual, protegido por ese mismo cuerpo normativo. Ello implicaría que el bien jurídico de orden público cautelado por el DL 211 supone el ejercicio de un ius puniendi estatal, que permite la imposición de multas en contra del infractor de las normas del referido DL, lo que no acontecería con la indemnización de perjuicios que puede surgir de un ilícito monopólico, acción de carácter privado, que debe ser ejercida por el titular del patrimonio afectado, ante los jueces ordinarios, dado que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no tiene competencia para declarar y determinar indemnizaciones de perjuicios atendido el interés privado envuelto en ellas; su competencia se encontraría limitada a establecer la existencia o inexistencia de conductas anticompetitivas, pero no para conocer o pronunciarse sobre relaciones de consumo, como la que se ventila en el caso de autos. Ello se vería reflejado, en opinión de la demandada Cruz Verde S.A., en el hecho de que la demanda no explica con claridad y precisión cómo esta conducta colaborativa sancionada en sede de libre competencia ha vulnerado un derecho específico de los consumidores, fallando a las exigencias del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

Abordan a continuación lo que advierten como la inexistencia de una cuantificación global del daño y consecuente imposibilidad de determinar una teórica indemnización de perjuicios, que sería un reflejo de la improcedencia procesal y sustantiva de lo actuado por el Sernac que denuncian, dado que la cuantificación del daño, constituye un elemento que debe establecerse al momento de presentar una demanda, al conformar un elemento configurativo de la causa de pedir y del petition, elementos esenciales para poder ejercer el derecho de acción. De ese modo, al señalar el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil que se debe fijar con claridad y precisión lo que se pide, el monto de lo pedido resulta un requisito esencial. Sin embargo, en los procesos colectivos, por regla general complejos, no basta por lo tanto con acreditar solamente la



existencia de una hipotética responsabilidad por un daño meramente posible sino que además, es necesario demostrar ya en esta primera fase la efectiva existencia del daño globalmente cuantificado, reservando a la etapa de liquidación solamente la declaración cuantitativa de certeza del daño ya demostrado como existente. La complejidad que puede suponer la determinación de la cuantía en un proceso colectivo estaría recogida en el numeral 2 del artículo 51 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, al señalar que sin perjuicio de los requisitos generales de la demanda, en lo que respecta a las peticiones relativas a perjuicios, bastará señalar el daño sufrido y solicitar la indemnización que el juez determine, conforme al mérito del proceso, que deberá ser la misma para todos los consumidores en igual situación. En su opinión, la norma citada ordena la cuantificación del daño, aunque sea de un modo genérico, sin que exista la posibilidad de que la actora se reserve el derecho a discutir los daños en la fase de ejecución, conforme al artículo 173 del Código de Procedimiento Civil, figura expresamente prohibida por el artículo 51 N° 2, inciso final, de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores.

Sostienen que la demanda de autos, al no dar cumplimiento a la exigencia del citado artículo 51, dejaría en incertidumbre la forma en como la sentencia debe pronunciarse sobre los daños solicitados, considerando que en la demanda no existe determinación alguna sobre ese daño ni tampoco especificaciones sobre el alcance del resarcimiento, lo que adquiriría mayor importancia al considerar que los demandados son tres y no se habría delimitado cuál sería el grado de responsabilidad que le atañe a cada uno de ellos, de haber una condena indemnizatoria.

Continúan su presentación oponiendo las excepciones perentorias y alegaciones y defensas anunciadas al principio de aquélla, no sin antes negar la efectividad de todos los hechos expuestos en la demanda y escritos posteriores de SERNAC, salvo la de aquellos que sean expresamente reconocidos.

1.- Excepción de falta de legitimación activa

La primera excepción opuesta es la de falta de legitimación activa del Sernac, fundada en el hecho de que la acción intentada en autos por el actor correspondería a derechos subjetivos individuales y no a derechos supraindividuales como son los que representan los Intereses Colectivos y Difusos, los cuales al no existir harían imposible conceder la pretensión demandada, tal y como fue solicitado por el actor.

Afirman que el Sernac ha acudido erróneamente al procedimiento colectivo para demandar una indemnización de perjuicios en favor de los consumidores, por



cuanto el fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no aprovecha a los consumidores.

Explican que se distinguen tres clases de intereses que admiten tutela colectiva: los difusos, los colectivos y los individuales homogéneos, los cuales tienen en la legislación chilena un modelo restringido de protección, plasmado en el artículo 50 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, al disponer que el ejercicio de las acciones puede realizarse a título individual o en beneficio del interés colectivo o difuso de los consumidores, siendo las primeras aquellas promovidas exclusivamente en defensa de los derechos del consumidor afectado, las segundas las que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor con un vínculo contractual, y las terceras aquellas que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos.

Abundan señalando que lo afirmado es ratificado no solo por el efecto relativo de las sentencias estatuido por el artículo 3 del Código Civil, sino porque la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores no contempla ninguna disposición que autorice al SERNAC a ejercer una acción colectiva en base a un fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, como sucede en la especie. La historia del establecimiento del artículo 30 del DL 211 establecería con claridad que se excluiría del alcance de esta disposición toda implicación o relación con los consumidores y con el bien jurídico protección del consumidor.

Recuerdan que el artículo señalado fue introducido por la Ley N°19.911, en cuyo mensaje no figuraba, sino que habría sido producto de una indicación en su segundo trámite legislativo en la Cámara de Diputados. En las sesiones de trabajo de las Comisiones de Constitución y Economía unidas, los profesores Tomás Menchaca y Domingo Valdés se habrían manifestado contrarios a reconocer un efecto vinculante de las sentencias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Citan asimismo la intervención del Senador Burgos en la discusión en sala de la respectiva indicación, la cual “recoge una cuestión muy central: que la persona que se sienta perjudicada -un empresario mediano, grande, pequeño; un ciudadano común y corriente, o un grupo de ciudadanos- en su derecho de tener libre competencia, de una competencia leal, podrá recurrir, no solo para la sanción establecida en esta ley, sino, además, a partir de una sentencia favorable, ejercer las sanciones indemnizatorias, lo que, a mi juicio, cierra el círculo de la protección de la libre competencia”.

Deducen de lo expuesto que en la mente del legislador jamás estuvo presente dotar al consumidor de acción resarcitoria fundada en una infracción a la libre competencia, pues el interés del consumidor -o el bien jurídico consumo-está



tutelado por la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores y no por el DL 211, cuyo bien jurídico protegido es la libre competencia, y se trataría de intereses completamente distintos e independientes, sin que uno sea consecuencia del otro, que requerirían de fundamentaciones y probanzas distintas.

Por lo anterior, entienden que el Sernac no está representando intereses colectivos ni difusos, pues de existir derechos comprometidos en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, estos son subjetivos individuales, referidos al mercado o a competidores en el mismo mercado relevante en que haya tenido lugar la conducta sancionada, los que de conformidad al propio artículo 30 del DL 211, se deben demandar en juicio sumario por quienes pudieren sentirse afectados. De este modo, al hablar la norma analizada de “perjudicados”, significaría que el daño y el hecho del cual este emana, ya estaría radicado en una titularidad individual, razón por la que se exige que la sentencia se base en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecidos en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Lo argumentado se refrendaría con lectura del artículo 1 del DL 211, que define el ámbito objetivo de aplicación de este cuerpo legal como la promoción y defensa de la libre competencia en los mercados”, sin referencia alguna a la protección de los derechos de los consumidores, sea individual o colectivamente, cuestión que consideran lógica, al ser esa regulación materia específica de la ley del ramo.

Agregan ciertos antecedentes de la historia fidedigna de la ley, destinados a demostrar que el DL 211 no protegería a los consumidores, entre ellos el mensaje de la Ley N°19.911, modificatoria del D.L. 211, al cual ya se refirieron anteriormente; la intervención ante el Senado, durante el primer trámite legislativo, del Ministro de Economía de la época, don Jorge Rodríguez Grossi, quien expuso que el artículo 1 define el ámbito de aplicación y el bien jurídico protegido, para lo cual se deja constancia de que el objetivo de defender la libre competencia es necesario como un medio, no un fin en sí mismo; la argumentación del Senador Novoa durante la discusión en sala, por la que plantea como tema por discutir y clarificar la referencia al bienestar de los consumidores, pues existen una legislación y un marco regulatorio, que es precisamente la defensa de los derechos del consumidor, que tiene un ámbito de aplicación específico y distinto del de una ley de defensa de la libre competencia, señalando que “podría darse el caso de que alguien recurriera al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para defender, por ejemplo, bienes jurídicos amparados por la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores”.



Enfocan su atención a continuación en el artículo 30 del DL 211, el cual indicaría derechamente que la acción resarcitoria que contempla se somete a las reglas generales, alojadas en el Código de Procedimiento Civil y no en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, por lo que el procedimiento colectivo sería de aplicación restrictiva.

Manifiestan que el Sernac olvida que la acción del artículo 30 del DL 211 es una propia de responsabilidad extracontractual, lo que dejaría fuera de la misma toda relación de consumo, dado que la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores se sustenta sobre la base de una responsabilidad contractual, al exigir siempre como base relaciones de consumo contractuales o, al menos, una relación jurídica de consumo.

Indican que, al exigir el artículo 30 que las indemnizaciones de perjuicios que se persigan en su virtud solo pueden tener como fundamento el fallo del propio Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, ello quiere decir que no habría cabida para discusiones en torno a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, porque el fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no hace referencia a ella; y que si el Sernac funda su demanda en el citado artículo 30, como lo ha hecho, debería necesariamente -de ser procedente- perseguir la indemnización de perjuicios que demanda en base al fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia bajo los términos del propio DL 211 y no los de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores. Lo anterior demostraría la ya señalada limitación a la competencia del tribunal, por un lado, y por el otro, la inadecuación del procedimiento escogido por el Sernac para ventilar esta acción resarcitoria.

Fundan asimismo la excepción opuesta en los artículos 18 y 31 del DL 211, que reflejan que en los casos en que dicha norma quiso ampliar la legitimación activa, lo hizo a texto expreso y en situaciones muy acotadas, que no requerirían de lo que estima ser engorrosas interpretaciones y ligazones de normas, a las que ha recurrido el Sernac para justificar su legitimación activa en autos.

Plantean la importancia de asentar que de acuerdo con el principio de legalidad o juridicidad, establecido en los artículos 1, 5, 6 y 7 de la Constitución Política de la República y en el artículo 2 de la Ley N°18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, cualquier órgano público debe ajustar su proceder estrictamente a las normas jurídicas que lo regulen. Relacionan lo anterior con lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, que en su concepto establece la única competencia expresa del Sernac, a la cual debe apegarse estrictamente todo su actuar, cuál es la de velar por el cumplimiento de sus disposiciones y demás normas que digan relación con



el consumidor –las que entienden como leyes especiales de consumo-, difundir los derechos y deberes del consumidor y realizar acciones de información y educación del consumidor. De ello desprenden que el Sernac, de cara a acciones en representación del interés colectivo y difuso de los consumidores, por mandato expreso del artículo 58 en referencia, estaría acotado a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores y a leyes de consumo, y sería contrario al principio de legalidad que el Sernac extienda sus actuaciones, incluidas las judiciales, a ámbitos distintos de los que expresamente le reconoce su ley base. Por ello, sólo podría interponer acciones por intereses colectivos y difusos referidos a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores y/o leyes especiales de consumo, pero nunca al DL 211, ni menos basadas en un fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Refutan los argumentos de eficiencia y economía procesal esgrimidos por el Sernac para justificar su legitimación activa basados precisamente en los artículos 1, 6 y 7 de la Constitución Política de la República (CPR) y el artículo 2 de la Ley N°18.575 en relación con los artículos 51, 52 y 58 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, fundamentos del principio de legalidad que debe regir el actuar del Sernac en cuanto órgano público. Una segunda base la darían los artículos 19 al 24 del Código Civil, pues en su opinión pues una interpretación objetiva y ceñida a los cánones de interpretación de la ley conduciría a concluir que el Sernac carece de atribuciones legales para presentar una demanda que escape a la órbita material u objetiva de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores o de una ley especial de consumo, lo que le impediría tener en el caso que nos ocupa la legitimación activa exigida por la letra a) del artículo 52 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores.

Extraen la misma conclusión del examen del artículo 2 bis de la LPC, también invocado por el Sernac para justificar su figuración como actor en esta causa, de cuya lectura consideran indesmentible que el Sernac no puede prevalerse de un fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para conferirse legitimación activa en representación de los intereses colectivos o difusos de los consumidores, porque el D.L. 211 no da cuenta de derechos de los consumidores, argumento que basan en el inciso 1 del citado artículo 2bis, del cual quedaría de manifiesto que él solo tiene aplicación en asuntos regulados por leyes especiales, subsidiariamente y solo para los casos previstos en sus tres literales.

Partiendo de la argumentación anterior discurren si el D.L. 211, cuya vinculación con el artículo 2 bis de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores habilitaría al actor para presentar esta demanda en representación de los



intereses de los consumidores es o no una ley especial, cuestión que cuya respuesta sería, fuera de toda duda, negativa; se trataría de una ley general, pues regula en forma general y abstracta el mercado, entendiendo por tal todos los mercados o, si se quiere, el mercado considerado globalmente, sin regular uno en específico. Ello impediría que el DL 211 pueda ser considerado como una de las leyes especiales que regulan las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios a las que alude el artículo 2 bis de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores.

Manifiestan la pertinencia de traer a colación los numerosos proyectos de ley que a partir del denominado Caso Farmacias pretenden dar un efecto pro-consumidores a las sentencias condenatorias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, lo que interpretado *a contrario sensu*, ratifica la base de la excepción opuesta: las sentencias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no aprovechan a los consumidores, por lo que el Sernac carecería de legitimación activa en este caso.

Enumeran como los proyectos más decidores en cuanto a este punto los siguientes:

- 1.- Boletín N°8092-03, proyecto de ley que modifica la Ley N°19.496, del 15 de Diciembre de 2011, presentado con el objeto de permitir que los consumidores puedan invocar las sentencias dictadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, cuando ellas declaren la existencia de ilícitos en que aquellos puedan fundar pretensiones civiles contra sus proveedores.
- 2.- Boletín N°6461-03, proyecto de ley que modifica la ley N°19.496 del 14 de Abril de 2009, proponiendo hacer aplicables las acciones colectivas y difusas, a las conductas contrarias a la libre competencia que perjudiquen a los consumidores.
- 3.- Boletín N°6461-03, proyecto de ley que modifica la Ley N°19.496, del 14 de Abril de 2009, proponiendo hacer aplicable las acciones colectivas y difusas, a las conductas contrarias a la libre competencia que perjudique a los consumidores.
- 4.- Boletín N°6825-03, Proyecto de Ley que modifica la Ley N°19.496, del 20 de Enero de 2010, con el objeto de otorgar competencia a los Tribunales de Defensa de la Libre Competencia, para conocer de las acciones de interés colectivo o difuso.

Expresan que encontrándose el Sernac regido por el principio de legalidad de la administración, sólo puede realizar aquello que le está expresamente permitido por la CPR o la Ley y ningún otro, cuestión reconocida en forma reiterada por la jurisprudencia administrativa, que ha señalado como uno de los vicios de



competencia de los órganos públicos, el atribuirse competencias o potestades que no les han sido otorgadas por la ley.

Tras reiterar las ya vertidas argumentaciones en torno a la interpretación y alcance que dan a los artículos 58, 52 y 2 bis de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores y artículo 30 del DL 211, concluyen que tales disposiciones no confieren al SERNAC autoridad, facultad ni derecho para interponer una acción de clase por intereses colectivos y difusos con base en un fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, como acontece en autos, ello porque el Sernac, de cara al ejercicio de acciones en representación del interés colectivo y difuso de los consumidores, estaría acotado en su actuar a las atribuciones que la propia Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores le concede o que otras leyes de consumo le pudiesen conferir. Vale decir, Sernac solo podría interponer acciones por Intereses Colectivos y Difusos referidos a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores y/o leyes especiales de consumo, lo que en este caso no sucedería.

Siguiendo con su fundamentación de la excepción de falta de legitimación opuesta, profundizan en cuanto a que el Sernac carece del derecho que invoca para demandar, por cuanto presenta esta demanda invocando la representación legal que detenta de los consumidores, pero no ejerciendo una acción civil de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual, que sería la que le concede la ley en el artículo 50 inciso 1° de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, sino por responsabilidad extracontractual.

Argumentan que aun cuando ambas acciones son de indemnización de perjuicios, difieren en sus causas de pedir (al emanar de ilícitos distintos, uno de libre competencia y otro de consumo), y en sus titulares, remitiéndose a las alegaciones relativas a que la acción del artículo 30 del DL 211 no le corresponde al Sernac.

Añade a lo anterior que, de acuerdo con el principio de especialidad del artículo 13 del Código Civil, que la acción que detentan los consumidores es la de su propia ley, la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores en su artículo 50 inciso 2°, más aun si se considera que los derechos de los consumidores son de índole contractual y no extracontractual.

2.- Excepción de falta de legitimación pasiva

Oponen a continuación excepción de falta de legitimación pasiva de la parte que representan, fundada en que el fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, invocado como fundamento de la demanda, sanciona a su representada por una infracción al artículo letra a) del DL 211, que no es una ley de consumo, por lo que dicho fallo no puede darse por constitutivo de una



infracción a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, lo traería la consecuencia de que la acción incoada en autos no puede dirigirse en contra de su representada, que carecería de legitimación pasiva.

Destacan que una sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia solo puede sancionar por ilícitos libre competencia, no por infracciones a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, y en el fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia aducido por Sernac no hay ninguna declaración, constatación ni menos condena por haberse infringido dicha ley o algún derecho de los consumidores por la parte que representan, cuestión que ni siquiera fue materia del juicio ante el señalado Tribunal. Por ello no podría el Sernac justificar su demanda en una infracción a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, tomando como sustento de su pretensión un fallo de libre competencia, pues solo ante la vulneración de un derecho de los consumidores puede un proveedor ser pasible de una acción indemnizatoria, pero de conformidad con el artículo 50 de la LPC.

Enfatizan que aun cuando la letra e) del artículo 3 de la LPC que contiene la demanda de autos, que consagra el derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los danos materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor, esa reparación ha de tener su fuente concreta en el quebranto de un deber contractual contraído por el proveedor, lo que no sería el caso de esta demanda, que el Sernac ha fundado en un fallo por una infracción a la ley de la libre competencia, lo que reafirmaría que Farmacias Cruz Verde S.A. no ha podido ser demandada por el Sernac de la forma en que lo ha hecho.

3. Excepción de inexistencia de la prejudicialidad alegada por el Sernac.

Al respecto, reiteran que el artículo 30 del DL 211 establece una obligada prejudicialidad para el tribunal que conozca de la demanda indemnizatoria subsecuente a una condena por infracción a las normas de libre competencia, pues su fallo indemnizatorio deberá fundarse precisamente en la sentencia firme dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en cuanto a las conductas, hechos y calificación jurídica.

Ponen de relieve asimismo que el procedimiento de acciones por Intereses Colectivos y Difusos esta formulado en dos etapas diferenciadas –siendo la primera requisito de la segunda-; una primera en la que se debe declarar la infracción a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, y la segunda, en la que se establecen las indemnizaciones para cada afectado, sin sujetarse al mérito de una sentencia dictada en otro proceso diverso. Y ninguna de esas etapas podría tener lugar en estos autos, pues prejudicialidad que alega el



Sernac para sostener su demanda sería improcedente en este caso, no se podría aplicar en un proceso colectivo.

Identifican a continuación los hechos y normas que sustentan la excepción de que se trata en estos párrafos:

a) Sostienen que de acuerdo a lo expresado, sería imprescindible que la parte demandada sea condenada por infracción a un derecho del consumidor establecido y protegido por la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores o por alguna ley de consumo –cosa que no fue solicitada por el Sernac–, para que pueda prosperar una demanda colectiva y se pueda dar lugar a las indemnizaciones que en tal caso regula la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores.

Citan nuevamente, a continuación, las normas contenidas en los artículos 50, 52 letra b) y 53 letra b) de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, para luego recurrir una vez más a la historia fidedigna del establecimiento de la ley 19.955, en particular su mensaje, el cual señala que la defensa de los intereses colectivos y difusos recoge el principio que sea el mismo tribunal habilitado para conocer las causas individuales el que resuelva las colectivas y difusas, a través de un procedimiento articulado en dos fases, una primera de carácter declarativo, que persigue la determinación de la responsabilidad del infractor, y una segunda fase encaminada a la determinación de las responsabilidades civiles, de manera de fijar las indemnizaciones que puedan reclamarse a partir de la declaración de responsabilidad infraccional.

Citan asimismo, a título de ejemplo de cómo la jurisprudencia exige una condena contravencional para que prospere una acción resarcitoria en estas materias, la sentencia pronunciada en autos caratulados "Servicio Nacional del Consumidor con Servicios y Administración de Créditos Comerciales Presto S.A. y otro", Rol 9010-2012, que en su considerando undécimo, expresa que "(...) este tipo de procedimiento contempla un primer momento destinado a estudiar la admisibilidad de la acción, seguido de una fase encaminada a determinar la existencia del quebrantamiento legal y la responsabilidad del proveedor en el menoscabo de intereses colectivos o difusos de consumidores o usuarios".

b) Refuerzan que la prejudicialidad del artículo 30 del D.L. 211 no es aplicable a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, pues aquélla ha sido prevista exclusivamente para el pago de indemnizaciones derivadas de una infracción a las normas de la libre competencia, razón por la cual no sería posible discutir en autos sobre los hechos constitutivos de una infracción a las normas de protección del consumidor, imposibilitando que prospere esta acción resarcitoria,



pues la ausencia de condena infraccional haría imposible conceder una indemnización de perjuicios.

Afirman que extrapolar esa prejudicialidad a normas distintas de aquella que la contempla constituiría una grave infracción a las normas del debido proceso que ampara la Constitución Política de la República y un atropello al principio de legalidad que rige las normas de procedimiento, atendida su naturaleza de orden público.

4.- Alegación de improcedencia de la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual deducida.

Basan la señalada alegación en que el Sernac solicita una indemnización por responsabilidad extracontractual del artículo 30 del DL 211, que es procedente solamente para quienes hayan sido partícipes del mercado relevante en el cual se produjo la infracción al artículo 3 del DL 211, que no son los consumidores por quienes actúa el Sernac.

Estiman que, dado que las acciones de consumo siempre son contractuales, Sernac no podría demandar responsabilidad extracontractual a la parte que representan, como lo ha hecho, conclusión que se extraería de los artículos 1°, 2°, 3°, 3° Bis, 3° Ter, 12°, 12° A, 13°, 14°, 16°, 16° A, 17°, 17° B, 17° C, 17°, 17° D, 17° E, 17° F, 19°, 21°, 23° y 50°, entre otros, de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, y que sería más patente aún respecto de los intereses colectivos, de acuerdo con el ya señalado texto del artículo 50 de la misma ley. En razón de ello, Sernac habría equivocado el fundamento jurídico de su demanda, que nunca pudo ser el estadio de la responsabilidad extracontractual, al acudir al supuesto previsto en el artículo 30 del DL 211 para enderezar su demanda.

5.- Excepción fundada en la omisión de una acumulación inicial de acciones exigida por la ley.

Tras señalar que la excepción opuesta se basa en el texto "La acumulación inicial de acciones" de Alejandro Romero Seguel, publicado por Editorial Conosur Ltda., Septiembre de 2000, explican que ella inhabilitaría la acción y demanda deducida en autos, en atención a la omisión de deducir previamente a la demanda indemnizatoria de autos la correspondiente acción infraccional.

Indican que el tipo de acumulación que interesa a los efectos de la excepción deducida es aquella de tipo condicional y sucesivo, que de acuerdo con el autor citado es "aquella en la que se formula un pedimento subordinado a la estimación de otro que le precede, de tal suerte que si no se accede al primero, el segundo no tiene sentido", y se daría "cuando una acción es propuesta con la condición de que antes sea acogida la otra de la cual tomará vida".



Explican que en esta forma de acumulación condicional, el juez no puede entrar a conocer del fondo de las acciones sucesivamente acumuladas sino después de estimada la primera, advirtiendo que la estimación de la primera acción no necesariamente lleva aparejada la estimación de las acciones condicionadas sucesivamente, al ser posible que las acciones así condicionadas sean rechazadas, aun cuando la primera se haya admitido. Lo que no podría ocurrir es que, habiéndose rechazado la primera acción el juez estime las restantes, ya que al no cumplirse el requisito sine qua non -la admisión de la primera acción-, es imposible acceder a las acciones acumuladas sucesivamente.

Adicionan que en la especie no solo se trata de que el demandante acumulara indebidamente las acciones que debía deducir, sino que omitió la acción que era requisito de la resarcitoria deducida, y con ello el actor habría pasado por encima de la ley -de los artículos 50 inciso 1° y 54 C inciso 2° de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores-, al ejercer solamente la acción indemnizatoria, misma que no podría prosperar sin la primera, toda vez que depende de ella. Aquí es donde se encontraría el vínculo con el tema de la prejudicialidad desarrollado en la excepción opuesta con inmediata anterioridad a la que nos ocupa, sobre el cual el profesor Romero expresa que “en la acumulación sucesiva de acciones la prejudicialidad dice relación estrictamente con un vínculo de tipo lógico jurídico, en la cual una acción (la principal) debe decidirse antes que otra (la acción accesorio, que pueden ser varias) porque su resolución incide en las restantes”.

Por los argumentos expresados, solicita que la excepción sea acogida con expresa condenación en costas.

6.- Alegación de improcedencia de las indemnizaciones de perjuicios demandadas por supuesta infracción a intereses difusos de los consumidores.

Fundan la alegación en la improcedencia de demandar perjuicios en el caso de los Intereses Difusos, pues ellos, por definición, no serían reparables indemnizatoriamente y, de hecho, cuando son resarcibles dejan de ser difusos, puesto que los intereses colectivos y difusos siempre tienen carácter indivisible y las reparaciones siempre tienen titularidad individual. Por ende, técnicamente la reparación solo se predicaría de los intereses individuales homogéneos. En ese sentido, la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores reconoce que los intereses colectivos son indemnizables, lo que permitiría decir que son intereses individuales homogéneos que, por razones prácticas, se tramitan como colectivos, pero en el caso de los intereses difusos la situación sería distinta, pues los incisos finales del artículo 50 de la LPC expresan que para determinar las indemnizaciones o reparaciones que procedan será necesario acreditar el daño y



el vínculo contractual que liga al infractor y a los consumidores afectados, vínculo que en la especie, dada la definición de Intereses Difusos del artículo 50 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, no existiría.

7.- Alegación o defensa de inexistencia del daño demandado.

Afirman a este respecto que no habría existido daño o perjuicio alguno, susceptible de ser indemnizado, que tenga como fuente o causa directa o indirecta alguno de los hechos en que el Sernac apoya su demanda.

Alegan que no sería efectivo que los hechos invocados en la demanda hayan generado perjuicio alguno a los consumidores que dice representar el Sernac, sea que ellos hayan adquirido los medicamentos en cuestión a un sobreprecio o que no hayan podido adquirir estos mismos medicamentos en razón del mismo.

Hacen presente que la demanda del Sernac únicamente apunta a cuantificar como perjuicios aquellos que habrían devenido de la adquisición de los medicamentos que han sido objeto de análisis en el proceso seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y cuya sentencia sirve de fundamento a la demanda, destacando que respecto del grupo de consumidores que no habrían podido adquirir estos medicamentos por su presunto sobreprecio, la demanda del Sernac nada dice.

Se refieren seguidamente a la cuantificación del daño que señala la demanda, esto es la suma de \$27.000.000.000, que –estiman– no serviría de base alguna para establecer la extensión del daño, ya que si bien esta cifra fue referida tanto en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y en la de la Excma. Corte Suprema en el proceso por infracción al D.L. 211 en el denominado "caso farmacias", la determinación de las supuestas ganancias o utilidades que habrían obtenido las cadenas de farmacias como consecuencia del hecho reprochado en dichas sedes no fueron materia de ese juicio ni objeto de prueba, y no habría en el fallo de la Excma. Corte más que una referencia a lo que habría determinado a su vez la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, a los efectos de cuantificar la multa impuesta. Ello constituiría la única estimación contenida en el señalado fallo, referida al monto de los ingresos de Cruz Verde y Salcobrand por concepto de sus ventas totales y no a los ingresos referidos a los productos farmacéuticos considerados en el fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, ventas registradas en el lapso de doce meses y correspondientes a un periodo de tiempo diverso al consignado en el requerimiento y al sancionado en la ya señalada sentencia. Concluyen de lo anterior que tales cifras habrían sido básicamente transcritas de las afirmaciones de la requirente en ese juicio -Fiscalía Nacional Económica (FNE)-, lo que las haría carecer de justificación.



8.- Alegación de inexistencia de daño indemnizable por falta de requisitos legales y de falta de causalidad del mismo.

Basan su alegación en que los daños cuya reparación se pretende no satisfacen todas las exigencias copulativas que la Doctrina y la Jurisprudencia reclaman para ello, y que debieran ser acreditados por el actor, a saber: a) El daño debe ser legítimo, no contrario a derecho; b) El daño debe ser significativo; c) El daño debe ser cierto, o sea, real, existente; y d) El daño debe ser directo, causado por el comportamiento del demandado y tiene que ser objetivamente imputable a tal hecho.

Sostienen que de estas exigencias, habría algunas que el demandante no estaría en condiciones de acreditar, por lo que la demanda intentada debiera ser rechazada. Señalan a modo ejemplar el requisito relativo a la certidumbre del daño, toda vez que durante el periodo en que su representada se habría coludido con otras empresas en la fijación de precios de ciertos medicamentos, estos se habrían vendido siempre a un precio inferior a su costo real. Si bien la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dio por probada la existencia de una colusión para alzar los precios de algunos medicamentos, ello no quiere decir que, incluso después de alzados dichos precios, se haya producido un perjuicio real para los consumidores de aquellos, porque nunca habrían alcanzado a superar el costo del producto.

Un segundo requisito que en opinión de la demandada Cruz Verde S.A. no podría ser acreditado por el actor es que los daños demandados sean directos, pues al efecto debería probar que fueron causados por el comportamiento de su representada, y conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones, que la a la que la doctrina suele sujetarse, es causa de un resultado toda condición de la cual ha dependido su producción, cada una de las cuales es tan causa del mismo como cualquiera de las otras –son equivalentes-, por lo que para saber si una conducta ha sido condición del resultado, se recurre a su supresión mental hipotética para determinar si acaso sin ella el resultado hubiese igualmente tenido lugar. Sin embargo, la única manera útil de recurrir a esta fórmula, según esta demandada, es conociendo previamente la virtualidad de la supuesta condición que se suprime mentalmente, pues solo sabiendo con antelación si una conducta ha sido causa de un resultado, es posible concluir con certeza que si se la suprime mentalmente éste subsiste o desaparece. De ello se desprendería que únicamente se puede formular un juicio hipotético acerca de lo que podría haber sucedido si una determinada condición concurrente se hubiera presentado.

Así las cosas, la teoría en comento sólo podría servir para considerar que determinados daños han sido causados por cierta conducta, cuando con una



probabilidad rayana en la certeza pudiera entenderse que sin ella los perjuicios no habrían tenido lugar. Y en este proceso el demandante nunca podría probar que la colusión realmente haya causado los daños cuya reparación reclama, porque nunca será posible saber, más allá de las conjeturas, que habría pasado si la colusión no hubiese tenido lugar.

Adicionalmente señalan que para demostrar que los daños demandados son directos, el actor tiene que acreditar también que son objetivamente imputables al hecho ejecutado por su representada. Para ello, uno de los criterios utilizados consiste en considerar el fin de protección de la norma que se ha infringido, de modo que solo se reparen los daños que correspondan a aquellos que la regla de comportamiento infringida intenta prevenir. En este sentido, el fin que busca la prohibición contenida en el artículo 3 letra a) del DL 211, norma por la cual fue sancionada su representada, no es evitar que los consumidores paguen sobreprecio por los bienes y servicios que adquieran, cosa que sería demostrada por el hecho de que la prohibición también se vulnera si los competidores acuerdan fijar a los productos que ofrecen precios por debajo de su valor real. Por ello no serían directos los daños que, según el demandante, habrían sufrido los consumidores que compraron medicamentos comprendidos en la colusión de precios.

Aduce que el fin que se quiere alcanzar con dicha prohibición es garantizar la libre competencia en los mercados, de modo que en un sistema de planificación central, los consumidores también podrían haber experimentado los daños que según el actor habrían sufrido. Por ello, no resultaría procedente su indemnización.

9.- Alegación de indeterminación de la contribución al daño en el evento de su existencia.

Sustentan esta alegación en que el Sernac solicita en su demanda que se indemnicen los daños provocados a los Intereses Colectivos y Difusos de los consumidores que dice representar, sin señalamiento de la contribución de cada codemandada a dichas indemnizaciones.

Expresan que esta complicación se deriva del hecho de sostener el Sernac una demanda propia de la responsabilidad extracontractual -la del artículo 30 del DL 211- en un procedimiento colectivo, propio del ámbito del consumo, que por definición es de sede contractual. Al demandar Sernac a tres personas distintas, solicitando que sean condenadas a resarcir unos perjuicios que estima en un monto global de \$27.000.000.000, repitiendo la cifra de ingresos que la sentencia condenatoria del TDLC da por establecidos. Pero consideran que Sernac no se ha percatado, ha obviado o no ha sabido cómo resolver el problema que se produce



al proceder de la forma en que lo ha hecho, pues a pesar de que el artículo 51 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores dispone que en las peticiones relativas a perjuicios bastará señalar el daño sufrido y solicitar la indemnización que el juez determine, conforme al mérito del proceso, la que deberá ser la misma para todos los consumidores que se encuentren en igual situación, no ha tenido –en concepto de Cruz Verde S.A.- el cuidado de señalar las contribuciones de cada codemandada al daño cuya indemnización pretende sea indemnizado.

Abundan la argumentación, en cuanto la pertinencia y posibilidad de una condena indemnizatoria, pues la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores no establece ninguna norma de solidaridad pasiva entre los codemandados, por lo que la regla a aplicar es la de la responsabilidad simplemente conjunta, debiendo indicarse las cuotas de contribución al daño o grados de participación en el daño de cada demandado para que pueda prosperar la pretensión resarcitoria en su contra, máxime si el artículo 51 de la LPC no faculta al juez para establecer cuotas de contribución al daño, por lo que ello le quedaría vedado.

Postulan que no obsta a la alegación opuesta que el Sernac haya expresado en su demanda que acciona extracontractualmente, pues es de toda evidencia que el legislador concibe los intereses colectivos como de origen contractual, lo que emana de su propio concepto, al exigirse la existencia de un vínculo contractual entre el proveedor y los consumidores, según dispone prístinamente el inc. 5° del artículo 50 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores; por otro lado, respecto de los intereses difusos, la posibilidad de accionar extracontractualmente también debiera descartarse, pero por motivos distintos: ellos no son indemnizables, según se desprende del inciso final del mismo artículo 50, de manera que aun cuando la demanda fuese acogida por el Tribunal, éste no podría determinar la contribución de cada demandada a la condena indemnizatoria.

10.- Excepción de prescripción.

Fundan la excepción en que el Sernac, al hacer uso de la acción concedida por el artículo 30 del DL 211, pero sujetándose a las normas de procedimiento de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, no podría eludir el requerimiento que ellas hacen de una declaración previa de responsabilidad contravencional por faltas a normas de consumo, ni tampoco las normas de prescripción de la misma acción contravencional y, por extensión, de la acción civil consecuencia de aquella.

Elaboran sobre lo anterior manifestando que las alternativas que deben tenerse en cuenta al ponderar la prescripción de la acción deducida por el Sernac: 1.-



Prescripción de la acción contravencional del artículo 26 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores. 2.- Improcedencia del plazo de prescripción de la acción del artículo 30 del DL 211; y 3.- Lo que denominan la "pretendida Supervivencia" del lapso de tiempo de prescripción contenido en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, al considerar como declaración contravencional de norma de consumo la contenida en la sentencia ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por infracción al D.L. 211, computando como inicio del plazo de prescripción de la acción de 6 meses del artículo 26 inciso 1° de la LPC desde el Cúmplase de la sentencia de término del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Sobre la primera de las alternativas enunciadas, expresan que el artículo 26 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores establece un plazo de prescripción de seis meses para las acciones que persigan la responsabilidad contravencional que ella sanciona.

Reiteran que el procedimiento para hacer efectiva dicha responsabilidad, se encuentra previsto en el párrafo 1° del Título IV de la mencionada ley; pero cuando al hacer efectiva tal responsabilidad se busca defender un interés colectivo o difuso de los consumidores, el procedimiento aplicable sería el contemplado en el párrafo 2° del mencionado Título IV.

Razonan que estos autos se encontrarían sujetos al procedimiento destinado a proteger un supuesto interés colectivo o difuso, conforme lo indica el propio Sernac en su demanda, por lo que se trataría de un proceso previsto en la ley para hacer efectiva una responsabilidad contravencional, más allá que el SERNAC pretenda ejercer la acción del artículo 30 del DL 211, sometiéndola al procedimiento de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, propio de la responsabilidad infraccional o contravencional de normas consumo.

Agregan que el hecho de que el artículo 53 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores exija que la sentencia que acoja la demanda interpuesta conforme al procedimiento contemplado en el párrafo 2° de su Título IV declare la responsabilidad del o los proveedores demandados en los hechos denunciados y la aplicación de la multa o sanción que fuere procedente, demostraría que el procedimiento iniciado en contra de su representada es de índole contravencional. Idea, la anterior, respecto de la cual la doctrina estaría conteste.

Reafirman lo recién señalado citando el texto del artículo 50 B de la misma ley, en cuanto a que en lo no previsto en el párrafo primero de su Título IV, se estará a lo dispuesto en la ley N° 18.287, cuyo artículo 9 dispone que el juez será competente



para conocer de la acción civil, siempre que se interponga, oportunamente, dentro del procedimiento contravencional.

Partiendo de la base señalada, argumentan que la fecha de la infracción atribuida a su representada se reduciría a la fecha o periodo de las ventas de alguno de los 206 medicamentos a que se refiere la sentencia de término del TDLC, esto es el período comprendido entre diciembre de 2007 y marzo de 2008. Por ello concluyen que habría transcurrido en exceso el plazo de seis meses contados desde que se habría incurrido en la infracción a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores; y aún más, considerando que el artículo 9 de la Ley 18.287, al que se remite el 50B de la Ley 19.496, obliga a interponer la acción civil dentro del procedimiento contravencional, la jurisprudencia mayoritaria ha sostenido que, prescribiendo la acción contravencional en seis meses y siendo esta un requisito para la reparación, la acción de daños prescribiría también en los mismos seis meses.

Citan en apoyo de su postura sentencia de 6 de septiembre de 2004, dictada por la Ilma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, en causa Rol N° 5037-2002, la cual declara que el derecho del consumidor a ser indemnizado por los perjuicios producidos por un incumplimiento a las normas de esa ley supone que el Tribunal declare que se ha cometido una infracción a ella, de modo que si la acción contravencional ha prescrito, no podría el Tribunal, junto con absolver al inculpado, condenarlo a indemnizar perjuicios.

Ponen de relieve que la circunstancia de haberse presentado la demanda el 1 de febrero de 2013, o notificado la demanda civil de autos a la parte que representa el 13 de marzo de 2013, en cualquier caso habrían transcurrido más de 5 años después de la infracción a las normas de consumo, ocurrida entre diciembre de 2007 a marzo de 2008, de manera tal que la acción interpuesta por el Sernac en estos autos se encontraría prescrita por aplicación del plazo de seis meses contemplado en el artículo 26 inc. 1° de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores.

Continúan su exposición abordando la improcedencia del plazo de prescripción de la acción del artículo 30 del D.L. 211, en atención a que el artículo 20 del DL 211 establece, para las acciones civiles derivadas de un atentado a la libre competencia, un plazo de prescripción de cuatro años, contados desde la ejecutoriedad de la sentencia definitiva -que sería para estos efectos, la del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia-. Sin embargo, ese plazo sería aplicable a la acción del artículo 30 el DL 211 sólo en cuanto acción de indemnización de perjuicios lo sea como consecuencia de una infracción a ella, y



referida únicamente a intereses individuales y no colectivos ni difusos, como busca el Sernac.

Agregan que el propio artículo 30 del DL 211 dispone que la acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar con motivo de la dictación de una sentencia por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, se interpondrá ante el tribunal civil competente de conformidad con las reglas generales, tramitándose de acuerdo con el procedimiento sumario del Libro III del Título XI del Código de Procedimiento Civil, sin formular aplicación subsidiaria de las normas de procedimiento de la propia Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores. Esta ley califica los procedimientos colectivos como especiales, de modo que no constituirían la regla general y resultaría imposible catalogarlos como sumarios.

Incluyen a continuación un cuadro explicativo que aclararía el por ellos denominado “zigzagueo normativo” del Sernac al deducir la demanda, ejerciendo la acción del artículo 30 del DL 211 por una infracción a esa misma ley, pero aplicando el procedimiento especial de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, por una parte, pero con el plazo de prescripción del artículo 20 del DL 211 -cuatro años desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada-, por la otra.

Abordan finalmente la por ellos calificada como “pretendida supervivencia” del lapso de prescripción de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, al considerar como declaración contravencional de norma de consumo la contenida en la sentencia ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por infracción al DL 211, computando como inicio del plazo de prescripción de seis meses del artículo 26 inciso 1° de la LPC, el cúmplase de la Sentencia de Término del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Al respecto se refieren al proceso de notificación de la demanda a la parte que representan llevada a cabo por Sernac, concluido con un incidente de nulidad deducido por Cruz Verde S.A., acogido por resolución de fojas 196, por la que se tuvo por notificada a Cruz Verde S.A., aplicación de lo dispuesto por el artículo 55 del Código de Procedimiento Civil, con fecha 13 de marzo de 2013.

Entienden que la premura por parte de Sernac en notificar obedecería a que dicho servicio pretendería contar el plazo de prescripción del artículo 26 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores desde el cúmplase de la sentencia de término del TDLC, plazo que se habría verificado el 13 de septiembre de 2012. Ello se debería a una suerte de establecimiento analógico o extensivo de los términos empleados en el artículo 26 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, en cuanto indica que los 6 meses se contarán "desde que



se haya incurrido en la infracción respectiva", pero que el actor habría considerado –en opinión de su representada- como contados desde que la sentencia de término del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por infracción a la ley de libre competencia quedó firme y ejecutoriada.

Recuerdan los distintos argumentos esgrimidos a lo largo de su contestación que harían inaceptable esa interpretación: en el fallo del TDLC no se atribuye a su representada infracción alguna a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores; el DL 211 no regula relaciones de consumo, sino al mercado; según abundante y reiterada jurisprudencia, la prescripción de la infracción contravencional se computa desde su comisión y no desde que ella es declarada por la sentencia pronunciada por el Juez de Policía Local; el Sernac no denuncia en su demanda ninguna norma de consumo como trasgredida por la parte que representan, ni solicita condena infraccional para ella; la prejudicialidad del artículo 30 del DL 211, que impediría al Tribunal pronunciarse sobre eventuales infracciones a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, al mandar tener por cierta e inamovible la calificación jurídica de los hechos contenidos en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la cual sanciona a Cruz Verde S.A. por infracción al artículo 3 letra a) del DL 211, y no por infracción a normas de consumo, entre otras.

Señalan oponer expresamente excepción de prescripción de la acción ejercida por el Sernac por haber transcurrido en exceso el plazo de 6 meses regulado por la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, contados desde la infracción respectiva; y subsidiariamente, la prescripción de toda acción ejercida por el Sernac por haber transcurrido más de 4 años desde la eventual infracción a las normas de consumo contenidas en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores u otras que correspondan; o, a todo evento, la prescripción de toda acción infraccional y/o civil que se haya ejercido con anterioridad a la fecha de presentación de su escrito, sin excepciones, por haber transcurrido en exceso los plazos previstos en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, en otras normas de consumo o en cualquier norma sustantiva, subsidiaria o supletoria que se invoque al efecto, para todos los casos, al no haber mediado suspensión o interrupción del plazo de prescripción, con costas.

Formulan como conclusiones de su lata exposición y defensa que la demanda deducida por Sernac contra su representada no tiene asidero jurídico ni fáctico que le preste mérito alguno, y ha faltado a la observancia de reglas elementales de procedencia de la acción elegida, de aplicación del procedimiento y de la competencia del Tribunal para conocer del asunto sometido a dictamen, entremezclando acciones, derechos e institutos procesales. A lo anterior se



sumaría la prescripción de la acción, que privaría de todo crédito a las imputaciones formuladas y debieran ser absolutamente rechazadas.

Previas citas legales, solicitan tener por contestada la demanda en la forma y términos expuestos y rechazar la demanda en todas sus partes, como consecuencia de las alegaciones, defensas y/o excepciones dilatorias y/o de fondo opuestas, con costas. En el caso de la dilatoria de Ineptitud del Libelo, subsidiariamente al rechazo de la demanda, solicitan se acoja dicha excepción, declarando que el mismo es inepto, con costas.

DÉCIMO SÉPTIMO: CONTESTACIÓN SALCOBRAND A fojas 747, comparecen don Álvaro Ortúzar Santa María, don Nicolás Vergara Correa y don Cristián Boetsch Gillet, abogados, en representación de Salcobrand S.A., sociedad del giro farmacéutico, todos domiciliados para estos efectos en avenida Isidora Goyenechea N° 3477, piso 22, comuna de Las Condes, evacuando el trámite de la contestación de la demanda, pidiendo que sea rechazada en todas sus partes, con costas, de acuerdo con los términos expuestos en su presentación.

Sintetizan sus argumentos en que la demanda colectiva del Sernac constituye un improcedente cúmulo de responsabilidades mediante el cual antijurídicamente se pretendería, que Salcobrand sea responsable por haber supuestamente infringido ciertos derechos de los consumidores al adquirir o dejar de adquirir medicamentos con nuestra representada, pero sin pedir al Tribunal que declare infracción alguna a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, para lo cual “combinaría” cuerpos normativos excluyentes entre sí, en cuanto deduce una acción no contemplada en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores sino que en el artículo 30 del DL 211 –el cual no dice relación con el Derecho del Consumidor-, pero al mismo tiempo pretende valerse de la reglamentación especial de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores y de las normas jurídicas sobre responsabilidad extracontractual del Código Civil.

Agregan que el principal, sino único, fundamento de la demanda del Sernac es la sentencia dictada el 7 de septiembre de 2012 por la Excma. Corte Suprema, confirmatoria de la sentencia N° 119 del 31 de enero de 2012 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que condenó a una gravosa multa a las farmacias demandadas en este proceso por una infracción al artículo 3 letra a) del DL 211.



Señalan que la demanda de Sernac intentaría conducir a este Tribunal a dictar otra sentencia condenatoria, desconociendo la ley aplicable y las reglas procesales más básicas, como lo son el derecho a la igualdad ante la ley y su derecho a un juicio racional, justo y legalmente tramitado, en un grave atentado en contra de los derechos de Salcobrand, a quien se le intenta negar la reconocimiento y protección de estas garantías en un proceso en el que interviene un órgano público que pretendería utilizar sus potestades legales y su fuerza de forma arbitraria, al llevar adelante este juicio obviando las reglas básicas de nuestro ordenamiento.

Destacan que las sentencias de libre competencia aludidas fueron pronunciadas en un proceso judicial del cual el Sernac no fue parte; no dan cuenta de infracción alguna a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores por parte de Salcobrand; no dan por acreditado ningún daño a los consumidores; y, no reúnen ninguno de los requisitos que deben concurrir para que sea procedente la demanda colectiva intentada.

Desde lo recién expresado, aseveran que el Sernac construiría su demanda como si este proceso constituyera una suerte de juicio ejecutivo que la ley no reconoce, fundado por lo demás en una sentencia que no declara obligación alguna con los consumidores, en cuanto no se refiere a infracciones a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, ni da por acreditada la existencia o monto de los perjuicios que demandados.

Acusan a Sernac de decorar su demanda con supuestas infracciones a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, que califican de falsas, inconexas e impertinentes al objeto de su acción, a objeto de que con ello se tengan por acreditados varios de los presupuestos copulativos y taxativos de la responsabilidad civil que son de su carga probar, aunque no exista ninguna disposición legal que lo exima de ello.

Postulan que Sernac ha entablado una demanda colectiva para cuya procedencia debe aplicarse la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, pero fundado en lo dispuesto por el artículo 30 del DL 211, sin que exista ninguna infracción real a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, cuerpo jurídico en el que necesariamente debieran fundarse sus pretensiones, para que su demanda colectiva tuviera algún asidero.

Cierran la breve enunciación de los errores que observan en la demanda colectiva de Sernac y que la harían improcedente, destacando que los hechos en que se



funda la acción habrían ocurrido entre diciembre de 2007 y marzo de 2008, siendo notificada Salcobrand en febrero de 2013, esto es, una vez que la acción se encontraba sobradamente extinguida por haber prescrito.

Formulan a continuación una exposición de las consideraciones generales que habrían de tenerse en cuenta antes de analizar los fundamentos de hecho y de derecho que demostrarían la improcedencia de la acción intentada, conduciendo a su rechazo.

En primer lugar, el SERNAC carecería de vinculación con la Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, única causa de pedir de su acción, al fundarla en el artículo 30 del DL 211, que concede dicha acción especial de responsabilidad civil exclusivamente a quienes fueron parte del juicio de libre competencia en el que se dicta una condena, lo que no es el caso del Sernac, por lo que no podría deducir dicha acción.

En segundo lugar, acusan a Sernac de utilizar a su arbitrio ciertos elementos aislados del DL 211 y de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores que le parecen más beneficiosos, desligándose del orden sistemático que lo obliga, y que el ordenamiento exige para que prospere su acción. Por ello SERNAC no puede invocar a su favor ninguno de los derechos que emanan de la Sentencia N°119-12 del TDLC, ni de la dictada por la Excma. Corte Suprema que la confirma, por cuanto ellas no producen la cosa juzgada que se pretende en la demanda, ni en lo formal ni en lo sustantivo.

En tercer lugar, la demanda colectiva del Sernac no cumple con los requisitos básicos de procedencia, al no pedir la declaración de ninguna infracción a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores ni que se imparta una multa en razón de ellas, requisito esencial para deducir una demanda colectiva y cuya omisión imposibilitaría al Tribunal términos absolutos para poder válidamente condenar a su representada; y el Sernac sustentaría sus alegaciones en base a un ilícito construido sobre un cúmulo o concurso de los regímenes de responsabilidad del DL 211 y de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, elaborando un sistema de responsabilidad no reconocido por el ordenamiento jurídico, confusión reflejada en su demanda al señalar que ella corresponde a una demanda colectiva por vulneración al interés colectivo y difuso de los consumidores por inobservancia a la Ley N° 19.496, pero señalando más adelante que la acción la ejercen en cumplimiento a lo establecido en el Decreto Ley 211.



En cuarto lugar, afirman que el Sernac fundamenta su demanda haciendo equivalentes los bienes jurídicos y los efectos de las normas del DL 211 con las de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, contenidas en cuerpos jurídicos distintos, autónomos, y que exigen requisitos que son por completo diversos.

En quinto lugar, ponen de relieve que la acción indemnizatoria entablada por el Sernac corresponde a una demanda colectiva, acción reglamentada en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, subordinada al quebrantamiento de una obligación legal de consumo y sometida a requisitos especiales, y aun así el demandante funda su acción en el artículo 30 del DL 211, acción sostenida por presupuestos distintos, propios de la libre competencia, y prevista exclusivamente para las partes que intervinieron en el juicio de libre competencia. Así, Sernac estaría deduciendo una acción en base a una sentencia que no lo empece, asimilando dicha situación a la de un arrendador que para expulsar al arrendatario ejercita una acción de precario en vez de la terminación del arrendamiento.

En sexto lugar, detallan que la demanda colectiva no cumple con ninguno de los requisitos exigidos por la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, esto es que el proveedor haya infringido una obligación tipificada en ella LPC; que el incumplimiento a dicho deber legal sea culpable o doloso; que dichas infracciones hayan ocasionado perjuicios ciertos a un grupo determinado o determinable de consumidores; y una relación de causalidad entre las infracciones a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores y los daños alegados.

En séptimo lugar, argumentan que si bien el Sernac estructura su pretensión sobre el artículo 30 del DL 211, simularía un supuesto quebrantamiento de cuatro obligaciones legales impuestas por la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores: el derecho a la libre elección de bienes y servicios; el derecho a una información veraz y oportuna; el derecho de los consumidores a ser reparados; y el derecho al deber de profesionalidad de los proveedores. De dichos deberes, sostienen, ninguno contempla una obligación legal que Salcobrand haya infringido, ni tiene conexión con el supuesto acuerdo colusorio; y sin infracción a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores no puede tener lugar una demanda colectiva.

En octavo lugar, aluden a la determinación de los daños por el Sernac, que habría sido construida sobre la base de una mención aislada de las sentencias del juicio



de libre competencia, en circunstancias de que los perjuicios a los consumidores no fueron probados en dicho proceso, cuestión que impediría el cumplimiento del requisito de la relación de causalidad entre las alegadas infracciones a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores -las que en su concepto no existieron y que dicha ley no tipifica- y los eventuales daños –que, también en su concepto, no pueden ni deben repararse-.

En noveno lugar, subsidiariamente a todo lo anterior, oponen excepción de prescripción extintiva de la acción colectiva deducida por el Sernac por haberse cumplido los 6 meses que establece el artículo 26 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores entre la fecha de los hechos en los que Sernac funda la demanda y que él mismo fija entre diciembre y marzo de 2008, pues la presente demanda colectiva se notificó cinco años después, en febrero de 2013. Subsidiariamente a dicho plazo, oponen excepción de prescripción general del artículo 2332 del Código Civil, al haber transcurrido los cuatro años previstos por la ley entre diciembre y marzo de 2007 a la fecha de notificación de la presente demanda colectiva, destacando que el propio Sernac manifiesta que la acción entablada corresponde a una de responsabilidad civil extracontractual. La excepción anterior sería igualmente aplicable en de conformidad con el régimen de responsabilidad contractual, dado que los cinco años contemplados por el artículo 2515 del Código Civil también se habrían cumplido, al menos respecto de los hechos ocurridos entre diciembre de 2007, enero y parte de febrero de 2008.

En décimo y último lugar, finalizan señalando que esta demanda colectiva gira en torno a voluntarismos y afirmaciones que nuestro ordenamiento no solo no reconoce, sino que en la mayoría prohíbe, de modo que en cualquier juicio que debiera resolverse conforme a Derecho, estos defectos harían inconducente a cualquier acción, por no ajustarse a la ley.

Continúan su defensa aludiendo a una serie de antecedentes que consideran el Sernac ha omitido y de cuyo solo análisis se constataría la improcedencia de la acción intentada en contra de Salcobrand.

El primero de dichos antecedentes sería la constante dedicación de Salcobrand S.A. para con el cliente, empresa que, que de acuerdo con lo aseverado en su presentación, ha puesto su foco en cuidar la salud a través de una gama de productos y servicios, tales como productos saludables y de belleza que apunten hacia el bienestar integral de sus clientes y comunidad, para cuyo objetivo ha generado una red de 387 locales en el país, incluso en zonas remotas. Esgrimen



como reflejo de la dedicación al público de Salcobrand la generación de una serie de convenios y alianzas en distintos ámbitos con diversas instituciones con el objeto de incluir y mejorar las condiciones de personas con discapacidades, así como la capacitación en materia de primeros auxilios a más de 15 mil personas y los convenios de descuentos y beneficios con distintas instituciones.

Un segundo antecedente al que aluden se refiere a las sentencias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Excm. Corte Suprema en que se funda la demanda colectiva, las cuales impusieron sanciones por el hecho de la colusión, no por los efectos económicos de ese acuerdo, respecto de lo cual la sentencia no se pronunció y ni siquiera se discutió en el juicio de libre competencia. De ambos fallos –señalan- se desprendería que Sernac no se encuentra vinculado al juicio en la que fueron dictados, al no ser parte del juicio de libre competencia en el cual se dictaron las condenas en contra de Salcobrand y las otras farmacias, a pesar de saber que debía hacerse parte con anterioridad a la sentencia definitiva, antecedente imprescindible de tener en cuenta para resolver este proceso y rechazar la demanda.

Destacan la pasividad del Sernac en contraste con la de otros terceros distintos de la Fiscalía Nacional Económica que sí se hicieron parte del juicio de libre competencia, como fue el caso de la Unión de Dueños de Farmacias de Chile y del Diputado don Jaime Mulet Martínez, a todos los cuales sí afectó la aludida sentencia.

El tercer antecedente dice relación con la demanda colectiva del Sernac y su declaración de admisibilidad. Al respecto, señalan que la demanda presentada por Sernac en contra de su representada, FASA y Cruz Verde se funda en el artículo 30 del DL 211, que contempla una acción especial de responsabilidad civil exclusiva para quienes han sido parte de un juicio de libre competencia. A pesar de ello, Sernac señala en su demanda que por el acuerdo de colusión se habrían infringido los siguientes derechos contemplados en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores: El de libre elección de bienes y servicios del artículo 3 letra a) de esa Ley; el de una información veraz y oportuna de los consumidores del artículo 3 letra b) de igual norma; el derecho general de reparación del artículo 3 letra e) de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores; al igual que el deber de profesionalidad de los proveedores, prescrito en el artículo 23 de la misma ley.



Abonan lo anterior refiriéndose a las consideraciones hechas por este mismo Tribunal a fojas 349, en resolución que acogió los recursos de reposición interpuestos por el FASA, Cruz Verde y Salcobrand en contra de la resolución que declaró admisible la demanda, y aquellas realizadas por la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago para revocar la resolución antedicha, declarando la admisibilidad de la demanda colectiva (en concepto de Salcobrand debido a aspectos formales y sin decidir ningún aspecto sobre la ley de fondo aplicable a la acción del Sernac), en particular aquellas relativas a la legitimación activa del Sernac.

Preliminarmente, afirman que el Sernac no puede invocar a su favor ninguno de los derechos que emanan de la sentencia de libre competencia, pues al basar todas y cada una de las alegaciones contenidas en su demanda en la sentencia dictada el 7 de septiembre de 2012 por la Excma. Corte Suprema, mediante la cual confirmó la Sentencia N°119-12 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y se impuso una condena por una infracción al artículo 3 letra a) del DL 211, lo que Sernac estaría haciendo es postular una extensión indebida a los efectos de dicho fallo que traspasan todos los límites de la legalidad, pues sin haber sido parte en dicho juicio, pretendería que dicha sentencia sirva como una suerte de título ejecutivo, alegando que dicha decisión produciría efecto de cosa juzgada absoluta, manifestando que solo sería necesaria la discusión relacionada con los daños y a su relación causal con el ilícito. El actor sustentaría ese efecto de cosa juzgada en lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 30 del DL 211, según el cual el tribunal civil, al resolver sobre la indemnización de perjuicios, debe fundar su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecidos en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sin embargo, las sentencias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Excma. Corte Suprema no producirían la cosa juzgada que se pretende en la demanda, ni en lo formal ni en lo sustantivo.

Ahondan sobre esta última afirmación explicando que las sentencias dictadas en juicios de libre competencia son de efectos relativos, y las ventajas probatorias del artículo 30 del DL 211 solo estarían previstas en favor de quienes fueron parte del respectivo proceso y, en consecuencia, no en favor del Sernac, el cual no fue parte en él.

Destacan la generalidad de la aplicación en nuestro ordenamiento del principio del efecto relativo de las sentencias, cuyas excepciones, ha resuelto unívocamente la jurisprudencia nacional, sólo pueden tener una fuente legal que expresamente



establezca un efecto erga omnes, excepción que no se encuentra contemplada en el artículo 30 del DL 211, norma que por lo demás remarca que la acción indemnizatoria se rige por las reglas generales, que precisamente comprenden el principio de los efectos relativos de las sentencias judiciales.

Sostienen adicionalmente que sería improcedente la alegación del Sernac relativa a la aplicación erga omnes de la cosa juzgada penal sobre la cosa juzgada civil prevista por el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil, porque la sentencia de libre competencia recayó sobre una materia de Derecho Administrativo Sancionador, al imponer una multa por incurrir en una conducta sancionada en el artículo 3 del DL 211, desconociendo disposiciones explícitas de nuestro ordenamiento: el artículo 30 del DL 211, el artículo 4 del Código Civil, que establece su supletoriedad (y no habiendo disposición legal expresa en sentido contrario en el DL 211, debiera concluirse que las sentencias de libre competencia producen efectos relativos), y el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil, procedente solo respecto de las sentencias dictadas en un proceso criminal, que no es el caso.

Profundizan su argumentación expresando que no concurre la triple identidad del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil entre el juicio de libre competencia y este proceso, primeramente por no haber identidad legal de partes; las del juicio de libre competencia ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (juicio iniciado por la Fiscalía Nacional Económica en contra de FASA, Cruz Verde y Salcobrand, y durante cuyo curso se hicieron partes coadyuvantes la Unión de Dueños de Farmacias de Chile y el entonces Diputado Sr. Jaime Mulet Martínez) no son las mismas que en este proceso, no el Sernac menos, cuya pasividad a ese respecto comprobaría que para él, en tal proceso no se encontraban comprometidos los intereses generales de los consumidores. Tampoco habría identidad del objeto pedido que en aquel caso era la aplicación de determinadas sanciones establecidas en el DL 211, y en el que nos ocupa una indemnización de perjuicios. Tampoco identidad de causa de pedir, que en el juicio de libre competencia fue una infracción del DL 211 y en el de autos una –supuesta, en su opinión- de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, cada uno un cuerpo normativo distinto dirigido a cautelar bienes jurídicos diversos: promover y defender la libre competencia en los mercados, en el primer caso, y dar protección a los derechos de los consumidores, en el segundo.

Sostienen a mayor abundamiento que la sentencia de libre competencia no se pronuncia sobre los presupuestos que el Sernac debe probar en este juicio y que



pretende sean carga de las demandadas. Por ello, aun cuando se admitiera que las sentencias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Excma. Corte Suprema producen cosa juzgada absoluta, de igual forma no influirían en estos autos, toda vez que no se pronuncian acerca de ninguno de los requisitos que la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores exige copulativamente para que configurar la responsabilidad civil colectiva que ella regula. Y ello porque la conducta del artículo 3 letra a) del DL 211 no constituye una inobservancia de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores (se trata de dos cuerpos normativos que protegen bienes jurídicos distintos), y porque el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es absolutamente incompetente para conocer y pronunciarse sobre vulneraciones a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores.

Rebaten lo sostenido en la demanda, pues para Salcobrand S.A. las sentencias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Excma. Corte Suprema no dan cuenta de hecho ilícito alguno que pueda servir de base para reclamar su responsabilidad de conformidad a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, que es precisamente lo que pretendería Sernac.

Citan al respecto la doctrina de Domingo Valdés Prieto, en su libro “Libre Competencia y Monopolio”, de acuerdo con quien “no necesariamente un ilícito monopólico coexiste con un ilícito civil” y, por lo mismo, “no resulta correcto que el juez civil funde su falta en la calificación jurídica efectuada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”.

Alegan que las sentencias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Excma. Corte Suprema no solo no dan cuenta de infracción alguna a la LPC por parte de Salcobrand, sino que tampoco dan por establecida la existencia de un daño a los consumidores, pues en los proceso de libre competencia no se discute acerca de un ilícito civil, entre cuyos componentes esenciales se encuentra precisamente la existencia de perjuicios, dado que –citando nuevamente al profesor Valdés Prieto– “habiéndose producido una lesión a la libre competencia, esta no tiene coincidencia necesaria con un daño civil, que puede ser patrimonial o moral”, doctrina que sería enfática en señalar que al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia le está vedado pronunciarse acerca de los eventuales daños que se podrían derivar de una infracción al DL 211, por encontrarse fuera de su órbita de competencias.



Finalizan esta parte de su presentación sosteniendo que el Sernac vulneraría abiertamente la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores al sostener que en este juicio solo cabría discutir acerca de los daños y la relación causal, por cuanto de acuerdo con los artículos 3 letra e) y 50 de dicho cuerpo legal —ambos invocados pero no transcritos en la demanda— la responsabilidad reglada en dicha ley exige como requisito esencial la existencia de una infracción a su normativa, y ella en la especie no existe.

Continúan su exposición abordando el tópico de la improcedencia de la demanda, por los diversos motivos que a continuación se enuncian:

i) Por encontrarse mal formulada, al no pedir la declaración de alguna infracción a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, requisito esencial para deducir una demanda colectiva y cuya omisión imposibilitaría en términos absolutos al Tribunal para condenar a su representada;

(ii) En subsidio, porque el Sernac sustenta sus alegaciones en base a un ilícito cúmulo de los regímenes de responsabilidad del DL 211 y de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, construyendo un nuevo sistema de responsabilidad, no reconocido por el ordenamiento jurídico;

(iii) En subsidio, por no concurrir los requisitos copulativos de la responsabilidad civil especial regulada en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores: Salcobrand no ha infringido ningún derecho de los consumidores ni ocasionado algún perjuicio indemnizable, por lo que no puede existir relación de causalidad entre ambos elementos. Sobre el daño indemnizable consideran que la demanda solo presenta especulaciones y voluntarismos, pero ningún antecedente o fundamento que justifique la millonaria indemnización que pretende.

(iv) Relacionado con lo anterior, por la inexistencia de daños indemnizables, materia respecto de la cual la demanda presenta simples especulaciones y voluntarismos, pero ningún antecedente o fundamento que concretamente le permita obtener la millonaria indemnización que pretende.

(v) En subsidio de todo lo anterior, alegan que la acción indemnizatoria ejercitada por el Sernac se encuentra prescrita, oponiendo la excepción correspondiente.

Elaborando el primero de los argumentos recién señalados, postulan que la falta de una solicitud de declaración de existencia de una infracción a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores imposibilitaría al Tribunal para



pronunciarse sobre la materia. Como las peticiones de la demanda constituyen el límite que todo tribunal debe respetar en su decisión, y cuya trasgresión da lugar a la nulidad de la sentencia por ultra petita, sería imprescindible que, en una demanda colectiva como la deducida por el Sernac en autos, el actor pida expresamente en su libelo que el tribunal declare la infracción a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, pues de otro modo, el juez se vería totalmente imposibilitado de acoger la demanda, so pena de incurrir en el vicio formal antes señalado. Pero en el petitorio de la demanda nada se dice al respecto, de modo que en la especie, el Sernac pretendería que se condene a su representada sin necesidad de declararla incurso en alguna inobservancia a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores.

El razonamiento formulado habría sido confirmado por la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia al momento de examinar las acciones de Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, confirmando que es improcedente una acción indemnizatoria fundada en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores si es que en ella no se solicita que se declare infringida dicha ley. Para efectos ilustrativos, citan el fallo de la ltma. Corte de Apelaciones de Temuco de 23 de agosto de 2013, número de ingreso 102-2013, el cual señala que, dado el carácter contravencional del procedimiento de la ley N°19.496, la procedencia de la acción deducida en autos exige que los hechos imputados se encuadren justamente en el tipo infraccional en que se funda, y al no establecerse responsabilidad contravencional no existe responsabilidad civil, al ser ella consecuencia de la primera, según el artículo 2314 del Código Civil.

La falta de la esencial petición que en los párrafos anteriores se ha tratado haría que la demanda del Sernac carezca de causa de pedir, sin la cual los tribunales no pueden pronunciarse sobre un asunto, al ser el fundamento jurídico de la demanda; y omitido este aspecto sustancial en su demanda colectiva, que ya no puede ser modificada ni subsanada, ello importaría que su acción colectiva no cumple con los requisitos de procedencia exigidos en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, postura que reafirma con el apoyo de lo resuelto en sentencia de 16 de agosto de 2010, pronunciada por la ltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, con el rol de ingreso 5549-2011, de acuerdo con la cual la obligación de indemnizar perjuicios en sede de Policía Local, proviene precisamente de una eventual infracción a algunas de las leyes que regulan materias que se discuten en esa sede, infracción que sería la causa de pedir de la indemnización correspondiente, y al no existir ella, tampoco nace el derecho de pedir indemnizaciones por daños materiales o morales.



Continúan construyendo su argumentación en torno al segundo de los motivos que se adelantaron, de acuerdo con el cual Sernac sostendría su demanda en torno a un improcedente concurso de normas de responsabilidad, establecidas en textos legales diversos, con distintos requisitos de procedencia, y que protegen disímiles bienes jurídicos, alterando con ello el sentido y alcance de múltiples disposiciones del DL 211 y de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores.

Destacan que el concurso de normas de responsabilidad (aplicar, a un mismo supuesto de hecho, normas propias de distintos regímenes de responsabilidad) es unánimemente descartado por nuestra doctrina y jurisprudencia, y entenderlo de otra forma implicaría dejar de aplicar las normas y requisitos a los que se somete un determinado estatuto de responsabilidad, para en su lugar, aplicar otras distintas para casos en los que no son procedentes, infringiendo con ello dichas normas jurídicas, y quebrantando de paso el artículo 17 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil, toda vez que importaría condenar a una persona sobre la base de reglas que son incompatibles entre sí.

Acusan a Sernac de combinar en su demanda cuerpos normativos excluyentes e incompatibles entre sí, como lo son el DL 211 y la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, tomando de cada uno de ellos solo lo que conviene a sus intereses y excluyendo lo que lo perjudica, al punto de deducir una acción no contemplada en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, sino que en el artículo 30 del DL 211, pero valiéndose al mismo tiempo de la reglamentación especial de la Ley 19.496 que permite iniciar acciones en resguardo de un interés colectivo o difuso, posibilidad no contemplada por el DL 211.

Del modo descrito, el Sernac construiría, en opinión de Salcobrand, un régimen que es el que más le conviene y no el que la ley establece, cuestión que por sí misma haría completamente improcedente su demanda colectiva.

Incardinan lo anterior en una serie de argumentos destinados a desvirtuar los fundamentos de la demanda de Sernac, que desarrollan a continuación, consistiendo el primero de ellos en que los bienes jurídicos protegidos por el DL 211 y la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores son distintos; no obstante, el Sernac sostiene en su demanda que uno de los bienes jurídicos protegidos por la legislación sobre libre competencia es el bienestar del consumidor, recurriendo para ello a citas de sentencias y autores extranjeros. Con ello, Sernac pretendería, según Salcobrand, mantener una postura según la cual



una infracción a la libre competencia necesariamente implicaría una infracción a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, lo que haría procedente la aplicación de las norma en ella contenidas (artículos 50 y siguientes) que permiten iniciar acciones en resguardo de un interés colectivo o difuso. Dicha postura se aleja, de acuerdo con los comparecientes, tanto del texto del DL 211 como de cómo la historia fidedigna de la Ley N° 19.911, que modificó la primera norma señalada y creó al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Aducen que nuestra legislación sobre libre competencia tiene como único objeto, de acuerdo con el artículo 1 del DL 211, promover y defender la libre competencia en los mercados, corrigiendo, prohibiendo y reprimiendo los atentados en su contra con las sanciones previstas en la ley, sin referencia alguna a la situación de los consumidores en esos mercados, y habría sido precisamente la intención de evitar acciones como la que intenta en autos el Sernac lo que llevó al legislador a dejar fuera del ámbito del DL 211 la protección de los derechos de los consumidores.

El segundo de los argumentos postulados por Salcobrand a este respecto se refiere a que un eventual atentado a la libre competencia no implica necesariamente una infracción a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, a diferencia de lo afirmado por Sernac en su demanda, en la que señala que debe estimarse “que este tipo de daños son un efecto necesario de cualquier alza artificial de precios.”

Atribuyen el origen de la aseveración anterior a una errada interpretación que hace el Sernac de las normas que regulan la Libre competencia y un profundo desconocimiento de conceptos económicos, pues ella revelaría que el servicio demandante desconoce lo dispuesto en el 1° inciso del artículo 3 del DL 211, que dispone expresamente que incluso un hecho, acto o convención que tienda a impedir, restringir o entorpecer la Libre competencia, puede ser considerado anticompetitivo y podría, por ende, ser sancionado con algunas de las medidas contempladas en dicho cuerpo legal.

Razonan en base a lo anterior que la sola tentativa de afectar la libre competencia, podría ser sancionada según lo dispuesto en el DL 211, pero una mera tentativa no ha podido afectar al consumidor, por lo que no cabría la posibilidad de iniciar alguna de las acciones reguladas en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores.



Acusan a Sernac de confundir la responsabilidad civil con la responsabilidad infraccional; pues mientras la responsabilidad civil necesariamente depende de que exista un daño, otros tipos de responsabilidades dependen de la comisión de una conducta ilícita descrita en la ley, como ocurre con la infraccional. Asimismo, en materia penal, son varios los casos en los que una misma conducta puede ser sancionada penalmente, y sin embargo no ser castigada civilmente por no haber producido un daño.

A continuación hacen presente que existen diversas hipótesis de eventuales prácticas anticompetitivas que no afectan o que incluso pueden beneficiar al consumidor en el corto plazo, como sería el caso de la práctica de los precios predatorios, que beneficia a los consumidores al menos durante el periodo en que dicho producto se vende a un precio inferior su costo. Sin embargo, destacan que incluso tratándose del ilícito de colusión, la asociación que pretende hacer el Sernac entre el ilícito y la existencia de un sobreprecio que afecte al consumidor sería falsa, pues no todos los carteles generarían efectos nocivos para los consumidores, hecho que se desprendería de la propia bibliografía citada por el Sernac, en particular la página 91 del informe –citado por el demandante– “Quantifying Antitrust Damages Towards Non-Binding Guidance For Courts” que la empresa Oxera realizó a solicitud de la OCDE, el cual demostraría que los carteles muestran una distribución en los sobreprecios, algunos con niveles importantes a este respecto, pero coexistiendo con muchos carteles que muestran niveles de sobreprecios menores e incluso cero. Ese sería el caso de Salcobrand, en el cual no habría existido sobreprecio, pues en el periodo previo al inicio del supuesto acuerdo colusorio, Salcobrand habría vendido gran parte de los 206 medicamentos involucrados a un precio menor incluso al costo de adquisición de los mismos, e incluso, en el periodo en del acuerdo, muchos de esos medicamentos se siguieron vendiendo bajo su costo de adquisición, lo que demostraría que los consumidores durante el periodo objetado adquirieron esos medicamentos a un precio menor al de mercado. De ello se concluiría que del hecho de dictarse una sentencia que acredite la existencia de una infracción a la libre competencia, incluso un ilícito colusorio, no necesariamente nace una acción para demandar una indemnización de perjuicios, destruyendo la asociación entre un ilícito colusorio y una situación de sobreprecios.

Apuntan a continuación a que no se darían en la especie los requisitos de procedencia de ninguna de las acciones contempladas en el DL 211 o la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, las cuales tienen, por lo demás, distintos requisitos de procedencia. Conjugando las normas de los artículos 3 letra



e) y 50 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, concluyen que el régimen de responsabilidad establecido en ella, especialmente al contemplado para defender el interés colectivo o difuso de los consumidores, no puede aplicarse por un incumplimiento a cualquier norma jurídica, sino que únicamente por una infracción a lo en esa norma dispuesto; pero Salcobrand no la habría infringido de manera alguna, ni se ha declarado un incumplimiento de su parte a las normas contenidas en ella.

Reiteran que una infracción al DL 211 no se traduce necesariamente en una infracción a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores y, además, tanto el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como la Excma. Corte Suprema cuando conoce de un recurso de reclamación interpuesto en contra de un fallo de aquél, son incompetentes para conocer de una eventual infracción a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, por lo que no pueden dar por establecidos los elementos que hacen procedente una acción indemnizatoria de la Ley 19.496. Por ello el Sernac jamás podría invocar estas sentencias en una causa de protección al consumidor, simplemente por tratarse de otra materia.

Añaden que aun estimándose que el Sernac pudiera invocar como fundamento de su acción colectiva las sentencias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Excma. Corte Suprema, ellas no se pronuncian sobre ninguno de los requisitos copulativos exigidos por la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores para configurar de una responsabilidad civil derivada de los hechos que imputa el servicio demandante, el cual basaría dicha responsabilidad en una simple afirmación hecha por la Fiscalía Nacional Económica en el requerimiento presentado en contra de las 3 farmacias demandadas en este juicio. Por todo lo anterior, no sería posible sostener que por haberse constatado la existencia de una infracción al DL 211 por los tribunales competentes para hacerlo, surja necesariamente el derecho o la legitimación del Sernac para interponer una demanda colectiva, cosa que el Sernac jamás había hecho con anterioridad, circunstancia respecto de la cual cabría, en opinión de la demandada, preguntarse la razón.

Repiten que el Sernac no fue parte en el proceso seguido en contra de las demandadas por atentados contra la libre competencia, impidiendo ello la concurrencia de otro elemento esencial para la procedencia de la acción indemnizatoria contemplada en el artículo 30 del DL 211 y también para que las



sentencias pronunciadas en ellos produzcan cosa juzgada respecto del Sernac, legitimando su acción.

Alegan también que la legislación antimonopólica, dado su carácter general, tendría preferencia en su aplicación a las normas que regulan la protección de los consumidores, de manera que el artículo 30 del DL 211, la única norma que funda la acción deducida por el Sernac, solo tiene aplicación cuando se ha acreditado ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y, eventualmente, ante la Excma. Corte Suprema que se ha cometido una infracción a lo dispuesto en el artículo 3° de dicho cuerpo normativo. Citan en su apoyo una vez más la obra del profesor Domingo Valdés, quien sostiene que en un evento de concurso de ilícitos monopólicos y de protección del consumidor ha de cobrar preferencia en su aplicación el atentado a la libre competencia.

En relación con el tercero de los motivos que justificarían la improcedencia de la demanda, esto es la falta de concurrencia de los requisitos de la responsabilidad aplicables a este caso, se explayan sobre los requisitos que la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores exige para dar lugar a una demanda colectiva indemnizatoria. En primer lugar, debe existir una infracción a una obligación precisa del proveedor establecida en ella, infracción que en este caso no existiría, lo que estaría comprobado por el hecho de que el Sernac no formuló en su demanda ninguna petición destinada a que se declare la existencia de alguna infracción a la ley 19.496. Por lo demás, como la declaración de la existencia de una infracción se enmarca en el ejercicio del ius puniendi del Estado, la acción del Sernac vulneraría principios tales como el de legalidad, irretroactividad, tipicidad y presunción de inocencia, atendido que el demandante pretende que el Tribunal declare una infracción de su representada cuya conducta no ha sido previa y plenamente tipificada precisamente por la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores u otro cuerpo normativo que establezca alguna obligación a los proveedores de bienes o servicios, y que se libere al demandante de su carga de acreditar en el juicio indemnizatorio que el proveedor demandado incurrió en una infracción dolosa o culpable a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores.

Agregan a los requisitos recién señalados, propios del régimen especial de responsabilidad de la ley 19.496, los requisitos generales que el ordenamiento jurídico exige para que nazca el deber de indemnizar perjuicios, en particular la existencia de un daño real, cierto y directo, y la de una relación de



causalidad entre tal daño y la infracción a un deber expresamente tipificado en la ley en comento.

Por su lado, el artículo 51 N° 2 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores dispone que “las indemnizaciones que se determinen en este procedimiento, no podrán extenderse al daño moral sufrido por el actor”, de lo que se desprendería que en las demandas colectivas sólo pueden demandarse perjuicios estrictamente patrimoniales.

Lo expuesto desembocaría, según Salcobrand, en que para dar lugar a la responsabilidad civil colectiva regulada en la LPC; es necesaria la concurrencia copulativa de los siguientes requisitos: La existencia de una vulneración dolosa o culpable a un deber tipificado en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, por parte del proveedor; que los consumidores sufran un daño patrimonial, cierto e indemnizable; y que exista una relación de causalidad entre la infracción dolosa o culpable a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores y el daño patrimonial sufrido por los consumidores. Los recién indicados requisitos no se cumplirían respecto de Salcobrand, lo que debiera conducir al rechazo de la demanda.

Profundizan luego sobre la inexistencia de una conducta dolosa o culpable por parte de Salcobrand a un deber expresamente tipificado en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, pues ninguna de las normas en las que funda su demanda colectiva el Sernac tipifica la colusión o cualquier otro atentado a la libre competencia como ilícito de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, pues ella tiene por objeto regular los aspectos del consumo en la transferencia de bienes y servicios masivos, no la forma en que se asignan dichos bienes y servicios en una economía de libre mercado.

Desarrollan lo anterior argumentando que la infracción al artículo 3 letra a) del DL 211 no constituye una vulneración de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores y en caso alguno podría fundar una reclamación de indemnización de conformidad con ella.

El Sernac funda su demanda en el artículo 3 letra a) del DL 211, alegación que desde su punto de vista debiera ser rechazada, por cuanto DL 211 y la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores son cuerpos normativos que tutelan bienes jurídicos diversos, de modo que una conducta anticompetitiva jamás daría lugar a la responsabilidad de la ley 19.496, a menos que una misma conducta pudiese ser calificada a la vez de anticompetitiva y anti consumidor, lo



que no sucedería en la especie, más aun considerando –como señalan reiteradamente en su presentación- que las sentencias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Excma. Corte Suprema no dan cuenta de ningún hecho ilícito que pueda servir de base para reclamar la responsabilidad de Salcobrand de conformidad a la Ley 19.496, al estar circunscritos a una infracción al DL 211. Ello quedaría aún más claro por tratarse el artículo 3 letra a) de dicha ley de las conductas colusorias, las que no dicen relación con deberes que la llamada Ley del Consumidor impone a los proveedores.

Adicionan que la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores solo establece un responsabilidad por sobreprecio en la medida que se hubiere cobrado un precio mayor al exhibido, informado o publicitado, o bien cuando la cantidad o el contenido neto del producto sea inferior al indicado en el envase o empaque, de conformidad con sus artículos 18 y 19, sin que existan otras hipótesis, y sin contar el hecho que en el periodo en cuestión, Salcobrand respetó los precios exhibidos, informados y publicitados (por lo que no infringió el artículo 18 de la ley 19.496), y siempre hubo concordancia entre la cantidad o el contenido neto del producto con el indicado en el envase o empaque (cumpliendo así con el artículo 19 de la ley señalada). Esto implica que no sería un asunto regulado en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores el modo mediante el cual un proveedor determina los precios a los que venderá sus productos, o si tal precio es o no de mercado, lo que impediría que ello sea apto para fundar cualquier demanda. De lo contrario, al aceptar la tesis del Sernac, en la práctica se le estaría facultando para presentar demandas colectivas cuando en su opinión el precio de un determinado producto no sea el de mercado.

Luego sostienen que los hechos imputados no configuran una infracción al derecho de libre elección de bienes o servicios contenido en la letra a) del artículo 3 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, como asevera el Sernac, puesto que los derechos que esa ley consagra en favor de los consumidores no son respecto del mercado en general, sino del proveedor de que se trate; dice relación con el acceso de los consumidores a la información sobre las características de los bienes y servicios que están contratando, afectando su decisión sobre si realizar un acto de consumo o no. Por ello es que no puede la norma analizada contener un ilícito antimonopólico, como razona el Sernac, en base a lo que Salcobrand considera una interpretación arbitraria y contra su texto expreso, y que atribuye a un intento de Sernac por desdoblar el mandato legal para incluir en él un acuerdo colusorio, en ninguna parte previsto por esta disposición.



Prosiguen afirmando que los hechos imputados tampoco configuran una infracción al derecho a una información veraz y oportuna de la letra b) del artículo 3 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, norma que alude a la correspondencia que debe existir entre las características de venta de los bienes ofrecidos y la información que se entregue a los consumidores, pero en ningún caso a la prohibición de fijar sus precios mediante un supuesto acuerdo colusorio.

Expresan que Salcobrand cumplió íntegramente su obligación en lo relativo a la información de los precios, en tanto siempre dio conocimiento al público de los precios que cobraba; el precio fue comunicado con estricto cumplimiento de la normativa vigente; y el monto del precio comprendió el valor total del medicamento, incluidos los impuestos correspondientes. Por otro lado, el inciso final del artículo 30, relativo a las listas de precios, no es aplicable al caso, al haber sido incorporado a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores por la Ley N° 20.555 de 2011, con posterioridad al periodo que va entre diciembre de 2007 a marzo de 2008, que es la época en que habrían tenido lugar las infracciones que el Sernac imputa, intentando nuevamente obtener – según Salcobrand– una falsa aplicación de la ley a hechos no regulados por ella.

Tampoco infringirían los hechos imputados, según esta demandada, el derecho a la reparación e indemnización de los consumidores de la letra c) del artículo 3 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, ya que el derecho a la indemnización solo surgiría cuando el proveedor es condenado a pagar una indemnización por una sentencia firme y no lo hace, cuestión que no se da en el asunto en análisis. Califican lo anterior como un nuevo intento del Sernac de manipular una norma jurídica para hacer una falsa aplicación de la ley, lo que necesariamente debería conducir también a la desestimación de la alegación del actor.

En último término, refutan también que los hechos imputados configuren una infracción al deber de profesionalidad de los proveedores impuesto por el artículo 23 de la ley 19.496, por existir una falta de conexión entre el tipo contemplado en dicho artículo y la presentación del Sernac. El artículo referido, que regula la seguridad en el consumo, no sería aplicable en la especie, por cuanto ella dice relación con la calidad del producto y no con su precio, como fue declarado por la Iltrma. Corte de Apelaciones de Temuco en sentencia de 30 de julio de 2012, N° de ingreso 92-2011 al señalar que “el artículo 23 de la ley 19.496 dispone que comete infracción a las disposiciones de la presente ley el proveedor que, en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, actuando con negligencia, causa



menoscabo a/ consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio”.

Identifican las razones de por qué la norma no es aplicable como las siguientes: en primer lugar, el Sernac no imputa a Salcobrand haber negligentemente menoscabado al consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida de los medicamentos a los que se refiere la demanda, siendo por tanto inaplicable el inciso primero del artículo 23 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores; y en segundo lugar, Salcobrand no es un organizador de espectáculos públicos ni presta servicios de transporte de pasajeros, por lo que también le es inaplicable el inciso segundo del referido artículo. Además, los medicamentos comercializados por Salcobrand no adolecen de fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida, y todos cumplen con la normativa vigente, incluida la estricta normativa sanitaria.

Seguidamente, abordan el tercer motivo de improcedencia de la demanda, el de inexistencia de una relación de causalidad, que entienden como el vínculo de causa-efecto que liga al hecho ilícito con el daño sufrido, que no se daría en la especie por no existir infracción a Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores ni los daños alegados, que de existir, no serían indemnizables).

Explican que la causalidad no se daría en cuanto al daño emergente alegado, al no ser efectivo que los consumidores necesariamente tuvieran que adquirir los medicamentos a los que alude la demanda, ya que todos ellos habrían contado con sustitutos, de modo tal que los consumidores siempre tuvieron la posibilidad de adquirir otros medicamentos de la misma calidad, eficacia y seguridad.

Apuntan luego a la calidad de indirecto del daño difuso alegado, pues aun de ser efectivo que hubiera personas que no pudieron adquirir medicamentos por el alza de precios, la colusión no tuvo ninguna influencia si se considera que durante el periodo en que ella se mantuvo, los 206 medicamentos a los que alude la demanda se vendieron, en promedio, bajo el costo de adquisición. Ergo esas personas, con mayor razón, no habrían podido adquirir los medicamentos a valores de mercado, pues tal valor supone un precio superior al de adquisición de los medicamentos a los laboratorios.

Indican que la causalidad tampoco se aprecia respecto del daño difuso, consistente en la adquisición de medicamentos de peor calidad, pues incluso



poniéndose en el caso de que entre diciembre de 2007 y marzo de 2008 hubo personas que adquirieron medicamentos sustitutos de los 206 medicamentos en cuestión, no es posible concluir que la causa necesaria y directa de ello fue la colusión; ello se puede haber debido a un sinnúmero de factores no imputables a su representada.

Afirman que, por todo lo señalado, este requisito de la responsabilidad tampoco concurriría.

En cuanto al cuarto motivo de improcedencia alegado por Salcobrand, esto es la inexistencia de los daños indemnizables invocados por el Sernac, recuerdan en primer lugar cuáles son esos daños invocados, a saber:

Un daño por compra de medicamentos a precios colusorios (denominado también en la demanda como sobreprecio, rentas ilegítimas, ingresos brutos adicionales, ganancias ilegales, enriquecimiento sin causa, excedentes ilegítimos) y que ascendería a lo menos a \$ 27.000.000.000. Esto es, Sernac invoca el perjuicio que habrían sufrido quienes consumieron a sobreprecio los productos de Salcobrand; y un daño producido a los consumidores que dejaron de comprar como consecuencia del alza en los precios, o bien adquieren medicamentos de peor calidad. Lo que querría decir que Sernac reclama por los perjuicios de quienes no pudieron consumir los productos de Salcobrand a resultas del sobreprecio.

Por las dos clases de daño señaladas, Sernac afirma que existencia y monto habría sido establecida en las sentencias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Excma. Corte Suprema, lo que la demandada Salcobrand considera como ajeno a la realidad y refutan, en base a que ni la acción contemplada en el DL 211 deducida por la Fiscalía Nacional Económica ni las sentencias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Excma. Corte Suprema pudieron establecer la existencia de los perjuicios reclamados por el Sernac, que no dieron por establecida la existencia de un daño a los consumidores, al ser una materia objeto del requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, que tampoco fue probada, ni menos resuelta a propósito del juicio de libre competencia, cuestión ya abordada en su presentación y a cuyo tratamiento se remiten y dan por reproducido expresamente.

Citan en apoyo de su postura el artículo 50 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, que exige acreditar el daño en todo juicio colectivo, para lo cual deben tenerse en consideración que la doctrina nacional especializada ha sostenido que el ilícito monopólico que lesiona efectivamente la libre competencia es independiente del daño civilmente compensable, por lo que en este proceso no podrían considerarse las sentencias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de la Excma. Corte Suprema como prueba de la



existencia del daño, ya que ellas nada establecieron al respecto, lo que haría carentes de validez y fundamento la avaluación de parte de los perjuicios alegados por Sernac en \$27.000.000.000, el cual no sería más que un monto aventurado por la fiscalía Nacional Económica en su requerimiento, sin que se haya aportado algún medio de prueba que diera cuenta de tal avaluación.

Postulan la inexistencia del daño por compra de medicamentos a precios colusorios de quienes consumieron los productos de Salcobrand entre diciembre de 2007 y marzo de 2008, atribuido por Sernac a la venta de medicamentos a un precio superior al real de mercado, durante la guerra de precios que tuvo lugar entre las farmacias demandadas. Fundan lo anterior en que sería jurídicamente incompatible solicitar una indemnización de perjuicios en base a un enriquecimiento sin causa, al tratarse de dos instituciones totalmente distintas entre sí, con distintos requisitos y de las que emanan acciones también distintas (indemnizatoria e in rem verso), una de las cuales es por lo demás supletoria, lo que implicaría un reconocimiento de falta de acción.

Agregan que también sería legalmente errado asimilar una indemnización a la restitución de un sobreprecio, pues en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, solo cabría hablar de responsabilidad por sobreprecio cuando se hubiere cobrado un precio mayor al exhibido, informado o publicitado, o bien cuando la cantidad o el contenido neto del producto sea inferior al indicado en el envase o empaque.

Desde un punto de vista económico, argumentan que no son asimilables los conceptos de ingresos, rentas y ganancias, por lo que el Sernac incurre en un error al confundirlos. A modo de ejemplo, proponen que podría ser posible que la venta de un producto genere importantes ingresos, pero si a esa cifra se le descuentan los costos y gastos para su comercialización, el resultado arroje pérdidas para la empresa, que sería precisamente lo acontecido el año 2006 con Salcobrand.

Del mismo modo, destacan que entre diciembre de 2007 y marzo de 2008 Salcobrand no cobró precios superiores al de mercado, sino por el contrario, en ese período los 206 medicamentos en cuestión se vendieron, en promedio, bajo el costo, siendo las ventas totales de Salcobrand de ese período, respecto de esos 206 medicamentos, de \$6.904 millones, en circunstancias que solo costo directo de adquisición de los mismos alcanzó a \$7.242 millones, lo que dejaría en claro que no habría sido posible para su representada haber obtenido cualquier tipo de ganancia, renta ni excedente ilegítimo.

Desmienten a continuación la baja elasticidad de los 206 medicamentos a los que alude el Sernac en su demanda, pues el tema fue discutido en el proceso ante el



Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en el cual se aportaron antecedentes que daban cuenta de la existencia de medicamentos que podrían ser sustitutos de los 222 que la Fiscalía Nacional Económica incluyó originalmente en su requerimiento como objeto del cartel, los que habrían presentado además niveles de sustitución significativos con los productos que habrían sido objeto del acuerdo, siendo estos productos adicionales una opción para los consumidores.

Agregan que aun si se admitiere que los consumidores pagaron un precio superior al de mercado -lo que en todo caso califican de no efectivo- ello no constituiría un daño emergente indemnizable, pues nuestro ordenamiento jurídico no admitiría solicitar una indemnización basada en que el consumidor pagó un precio superior al real de mercado, ni siquiera lo la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, que solo exige información veraz respecto del precio.

Consideran que el Sernac, al alegar que pagar un precio superior al de mercado constituiría una infracción a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores que causaría un daño emergente, contraviene sus propios actos, toda vez que periódicamente realiza y publica informes en los que monitorea los distintos precios de venta de productos, incluso tratándose de medicamentos, cosa que haría no con el objeto de fundar demandas colectivas, sino de orientar a los consumidores con precios de referencia y fomentar la competencia y transparencia en el sector de las farmacias.

También postulan la inexistencia del daño de carácter difuso producido a los consumidores que dejaron de comprar como consecuencia del alza en los precios, o bien adquirieron medicamentos de peor calidad, entre diciembre de 2007 y marzo de 2008.

Lo anterior porque no sería procedente solicitar una indemnización respecto de quienes no fueron clientes de Salcobrand, atendido que el artículo 50 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores dispone que en todo juicio colectivo será necesario acreditar el daño y el vínculo contractual que liga al infractor y a los consumidores afectados, razón por la cual no podría pretenderse una indemnización respecto de quienes nunca tuvieron un vínculo contractual con Salcobrand. Ellos no tendrían la calidad de consumidores de conformidad al artículo 1 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, la cual no sería aplicable a las personas que de acuerdo con el Sernac se habrían visto afectadas, considerando que de acuerdo a su artículo 2, dicha ley solo se aplica en la medida que se haya celebrado uno de los actos o contratos que tal disposición describe.

Razonan adicionalmente que, dado que durante el periodo en cuestión el precio de los medicamentos comprendidos en el acuerdo no sobrepasó los que habrían



existido en un mercado competitivo, ningún consumidor compró menos medicamentos de los que habría comprado en un mercado, ni antes, ni durante, ni inmediatamente después del acuerdo colusorio, pues de haber sido así, tampoco lo habrían podido hacer en un escenario de precios normales; ello confirmaría que no existe perjuicio alguno asociado a este tipo de consumidores. Esos daños serían por lo demás inciertos e hipotéticos, y por tanto no indemnizables, pues la existencia de eventuales consumidores que no pudieron adquirir alguno de los 206 medicamentos en el periodo en cuestión sería una elucubración del Sernac, pues los precios que se observaron en dicho periodo eran excepcionales y su mantención en el tiempo correspondería a una mera expectativa que en ningún caso puede ser considerada como prueba de daño.

En cuanto al daño producido por la adquisición de medicamentos de peor calidad, tampoco sería efectivo, al ser todos los medicamentos que se distribuyen en el país, incluidos los sustitutos a los 206 medicamentos, sometidos a un estricto proceso de certificación de calidad a cargo del Instituto de Salud Pública de Chile, lo que impide que en el país se puedan vender productos farmacéuticos de mala calidad o de una calidad inferior al mínimo garantizado por el Registro Sanitario llevado por el ISP.

Abonan su argumentación desvirtuando la metodología del Sernac para evaluar los daños y la participación de los demandados, por no ajustarse a los principios y reglas jurídicas básicos, la cual seguiría criterios que hoy en día la doctrina y jurisprudencia comparada descartan, por ser injustos e imprecisos.

Manifiestan que la alegación del Sernac contravendría el principio establecido en el artículo 1698 del Código Civil y 173 del Código de Procedimiento Civil, conforme con el cual el daño debe ser probado en el proceso o no puede ser indemnizado, lo que resulta coherente con lo establecido en el artículo 50 de la ley 19.496, en el sentido que en los juicios colectivos será necesario acreditar el daño.

El Sernac –señalan– invoca dos metodologías distintas al mismo tiempo, incompatibles entre sí, sin indicar un orden de precedencia y, aún más, descartadas por la ciencia económica actual, al determinar la existencia de los daños tomando como referencia el precio de mercado anterior al acuerdo colusorio. Dicha metodología estaría ampliamente descartada, toda vez que el precio de mercado de los medicamentos en caso alguno podría ser el valor de éstos durante la guerra de precios, cuando se estaban vendiendo bajo el costo.

Acusan a Sernac, al calcular los perjuicios, de simplemente identificar como punto de referencia los precios que prevalecieron antes del acuerdo colusorio, esto es los mismos que fueron calificados por la Fiscalía Nacional Económica en su requerimiento, en la Sentencia N°119-12 del Tribunal de Defensa de la Libre



Competencia y en el fallo de la Excma. Corte Suprema como resultado de una guerra de precios, para solicitar que los perjuicios se calculen sobre la diferencia entre el escenario anterior al acuerdo colusorio con los precios del periodo en que aquél se habría ejecutado (entre diciembre de 2007 y marzo de 2008).

En base a lo anterior, una vez más se refieren al hecho de que 149 de los 206 medicamentos se vendían bajo el costo directo de adquisición, guerra de precios que no se podía mantener en el tiempo no por un acuerdo colusorio, sino porque conduciría a la quiebra a las farmacias involucradas, de modo que carecería de sentido establecer como el precio de mercado que sirve de referencia para calcular los perjuicios de los consumidores uno que implica pérdidas para todas las farmacias.

La segunda metodología propuesta por el Sernac, consistente en, para el caso de daños difusos, asignar los daños de conformidad con las cuotas de participación de las farmacias demandadas en el mercado farmacéutico y de belleza, no sería seguida en la actualidad en ningún sistema jurídico que –según Salcobrand– aplique las leyes razonablemente. Cita al profesor Enrique Barros, quien en su obra sobre responsabilidad contractual descarta este método para los casos de daños difusos, por su complejidad para determinar tanto si los resultados son productos de la conducta de un determinado actor, así como para fijar las cuotas de participación de mercado de cada una de las empresas, calificándolo de “en extremo discutible”.

Proponen que lo requerido, a la hora de analizar perjuicios, es comparar los precios del periodo en cuestión con los precios de periodos normales en los que no ha habido colusión, y sobre periodos de precios de liquidación que implican pérdidas, de hecho, recalcan que el mismo especialista citado por el Sernac (Oxera) declara que resulta al menos discutible que los precios vigentes durante una guerra de precios correspondan a los precios de mercado, por no ser sostenibles en el tiempo. Así, en orden a determinar el sobreprecio o la diferencia del precio colusorio respecto del precio que se habría cobrado en un mercado no coludido, sería necesario comparar los precios efectivamente cobrados con los precios de un mercado competitivo o sin la conducta infractora, para lo cual existirían múltiples métodos, todos los cuales hacen referencia a precios susceptibles de extenderse en el largo plazo y en ningún caso a precios que impliquen pérdidas para las empresas. Como consecuencia de ello, para estimar el sobreprecio sería necesario tener en cuenta el precio efectivo cobrado (el "factual") en contraste con el precio que habría prevalecido en condiciones de competencia (el "contra factual"). El primero corresponde a lo efectivamente cobrado por Salcobrand a sus clientes. Por su parte, el precio contra factual debe



considerar al menos el costo directo del producto más los gastos generales necesarios para proveer el servicio, esto es costo directo más gastos de administración y ventas, a lo que se debería agregar una renta normal del capital.

Finalmente, alegan, de forma subsidiaria, el último de los motivos por los cuales la demanda colectiva sería improcedente, cual es que la acción se encontraría prescrita, para lo cual se fundan en el hecho de que en el lapso de tiempo transcurrido entre los hechos imputados a Salcobrand y el momento en que se notificó la demanda, se habría cumplido el plazo de prescripción, lo que habría extinguido la acción colectiva del Sernac.

Explican que la doctrina discute actualmente cual es el plazo de prescripción extintiva de las demandas colectivas, oscilando las diversas opiniones entre el plazo de 6 meses del artículo 26 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores o el de cuatro años de la responsabilidad civil extracontractual. Sin perjuicio de ello, en ambos supuestos la acción del Sernac se encontraría extinguida.

En el primero de los casos, citan el artículo 26 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, el cual dispone que “Las acciones que persigan la responsabilidad contravencional que se sanciona por la presente ley prescribirán en el plazo de seis meses, contado desde que se haya incurrido en la infracción respectiva”. Relacionando dicha norma con la imputación formulada por el Sernac en cuanto a que acuerdo colusorio habría producido sus efectos entre diciembre de 2007 y marzo de 2008, se concluiría que la acción colectiva prescribió sucesivamente entre los meses de junio a septiembre de 2008, para lo cual se apoyan en la sentencia de la Iltrma. Corte de Apelaciones de Santiago de 19 de mayo de 2010, N° de ingreso 234-2010, la cual hace aplicación del plazo de prescripción de seis meses del artículo 26 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores a la acción contravencional derivada de una infracción, razonando al mismo tiempo que si la acción contravencional se ha extinguido por la prescripción, no podrá el tribunal, junto con absolver a la denunciada, condenarla a indemnizar perjuicios.

En el segundo de los casos, subsidiariamente alegan que la acción también estaría prescrita por haber transcurrido el plazo de 4 años desde la supuesta infracción, según lo establece el artículo 2332 del Código Civil. Este plazo, propio de la responsabilidad extracontractual sería aplicable a las demandas colectivas sobre la base de que, a falta de un plazo especial de prescripción extintiva, debe aplicarse el término de la responsabilidad extracontractual, por ser este el régimen común aplicable en todos los otros casos en que no exista un contrato, según establece el artículo 2284 del Código Civil, argumento al cual suman que las



obligaciones emanadas de Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores son de carácter legal y tienen el mismo tratamiento que la responsabilidad extracontractual, al ser reguladas conjuntamente por el artículo 2284 del Código Civil. En consecuencia, en materia de protección al consumidor, a falta de otra regla, debería aplicarse el término de prescripción de 4 años del artículo 2332 del mismo cuerpo normativo. Adicionalmente, señalan que el Sernac no está demandando por daños derivados de la inejecución de un contrato, sino de un supuesto incumplimiento legal por un hecho anterior o coetáneo a la celebración de un contrato, supuestos que estarían cubiertos por la responsabilidad precontractual, regida por el plazo de prescripción del artículo 2332 del Código Civil; todo lo anterior sin contar que el propio Sernac funda su demanda en la responsabilidad civil extracontractual, cuyo término de prescripción aplicable es de cuatro años.

Abordan a continuación la forma cómo habría de computarse el señalado plazo de cuatro años, que según el artículo 2332 del Código Civil es desde la perpetración del acto. Como Sernac afirma que los hechos sobre los que funda su demanda colectiva ocurrieron entre diciembre de 2007 y marzo de 2008 (momento de la perpetración del acto), la notificación de la acción a Salcobrand habría ocurrido casi un año después de haber prescrito la acción, lo que habría ocurrido en marzo de 2012.

Subsidiariamente, alegan que, incluso en el caso en que se pensara que el régimen aplicable es el de la responsabilidad contractual, corresponde oponer la excepción de prescripción extintiva de acuerdo con el artículo 2515 del Código Civil, conforme con la cual dos de los cuatro meses durante los cuales se habría ejecutado el acuerdo colusorio se verían afectados por la prescripción extintiva de 5 años de la responsabilidad contractual; los que corresponden a los perjuicios derivados de los hechos que ocurridos desde diciembre de 2007 hasta el 8 de febrero de 2008, momento en el que se habría interrumpido la prescripción de 5 años, como consecuencia de haberse notificado la demanda a su representada.

Advierten que la aplicación del término de prescripción de la responsabilidad contractual acarrearía como consecuencias, en primer lugar, la improcedencia de indemnizar al grupo de consumidores que no pudieron comprar medicamentos, por no existir contrato entre Salcobrand y dichos consumidores, y en segundo, tendría lugar la carga de Sernac de probar fehacientemente la existencia de los contratos entre Salcobrand con el grupo de consumidores que sí compraron medicamentos, así como la existencia de perjuicios respecto de ellos por los hechos imputados, conforme con el artículo 50 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores y el 1698 del Código Civil.



Como última alegación, esgrimen que cualquiera que sea el plazo de prescripción, no puede dejar de aplicarse la ley y dar un tratamiento distinto a un órgano estatal, con lo que buscan refutar la alegación del Sernac en el sentido de haber estado imposibilitado de presentar esta demanda colectiva mientras el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Excma. Corte Suprema no pronunciaran una sentencia firme y ejecutoriada en materia de libre competencia que impusiera una multa a Salcobrand y las otras farmacias. Ello porque sería falso que la sentencia de libre competencia deba servir como base para todos los otros juicios posteriores, pues cuando la ley ha establecido que una sentencia es base de otro proceso lo ha dispuesto expresamente, lo que no es el caso en el DL 211, ni la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores; adicionalmente, porque en el informe en Derecho acompañado por el propio demandante a fojas 254, al Sernac se le señaló que en virtud de lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores tenía el poder-deber de comparecer en el juicio de libre competencia, incluso antes de que se dictara sentencia firme en dicho proceso, lo que no hizo. Por último, anotan que sería público y notorio que en muchos otros casos el Sernac ha deducido demandas colectivas sin esperar que se terminen otros procedimientos administrativos, y sostener que precisamente en este no pudo constituiría una prueba manifiesta de la inactividad en la que se funda la sanción de la prescripción extintiva.

Concluyen su argumentación sosteniendo que, habiéndose extinguido la acción colectiva del Sernac, darle un tratamiento distinto al que establece nuestro ordenamiento en esta materia supondría infringir las garantías de igualdad ante la ley, del debido proceso y de la seguridad jurídica que cautelan el artículo 19 N° 2, 3 y 26 de la Constitución Política y de paso quebrantar el artículo 2497 del Código Civil, norma que busca evitar el riesgo de caer en una injusticia que estableciera de facto grupos preferentes en Chile; cosa que es precisamente el efecto que según Salcobrand pretendería el Sernac al deducir una demanda colectiva como la de autos.

DÉCIMO OCTAVO: CONTESTACIÓN FARMACIAS AHUMADA Comparecen don Alfredo Waugh Correa y Joaquín Castillo León, abogados, en representación de Farmacias Ahumada S.A., sociedad del giro de su denominación, todos domiciliados, para estos efectos, en Avenida Isidora Goyenechea N° 3477, piso 23, comuna de Las Condes, Santiago, evacuando el trámite de la contestación de la demanda interpuesta en su contra por el Sernac, solicitando su rechazo, con costas, en base a los argumentos expuestos en su presentación.

Inician su exposición con una breve síntesis de la acción deducida, de los antecedentes de las partes y del proceso seguido ante el Tribunal de Defensa de



la Libre Competencia, durante cuyo transcurso FASA alcanzó un acuerdo de conciliación con la Fiscalía Nacional Económica, materializado con fecha 13 de marzo de 2009, aprobado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia con fecha 13 de abril de 2009 y, posteriormente, confirmado por la Excm. Corte Suprema el día 31 de agosto de 2009, acuerdo por el cual FASA se habría comprometido al pago de 1.350 UTA a beneficio social; mientras que la Fiscalía Nacional Económica dejó sin efecto y renunció a las peticiones formuladas en el Requerimiento respecto de FASA, con lo que ésta habría dejado de formar parte del proceso seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sin ulterior responsabilidad infraccional.

Señalan en primer lugar que por el acuerdo antes señalado su representada confeccionó libre y espontáneamente el Mecanismo de Reembolso y Compensación a Consumidores, a fin de compensar a las personas que hubieren adquirido algunos de los productos señalados en el Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica durante el período comprendido entre el 1 de diciembre de 2007 y 31 de marzo de 2008. Ese plan había establecido tres mecanismos diferentes para reparar a los clientes que habían adquirido los Productos durante dicha época (dependiendo de si se trataba de personas que contaban con Boletas de Compra; que no contaban con Boleta de Venta, pero cuyas compras se encuentran registradas en FASA: o que no contaban con documentación de respaldo de su compra, o que no estaban en posición de ser identificadas por medio de su RUT por no haber estado en ningún convenio con FASA) los que fueron fruto de una larga negociación llevada a cabo entre FASA y el Sernac, el cual a través de su ex-Director, don José Roa Ramírez, impartió numerosas instrucciones y comentarios a su representada, fiscalizando la gestación e implementación del Plan de Compensación, cuya aprobación, realizada por Sernac con anterioridad, la demanda de autos expresamente contravendría.

Manifiestan que el Sernac, disconforme con la implementación del Plan de Compensación, con fecha 4 de diciembre de 2009, interpuso en contra de su representada una acción de clase por presunto incumplimiento del Plan, ante el 1° Juzgado Civil de Santiago, bajo el Rol N° 37.607-2009, cuya sentencia definitiva rechazó en todas sus partes la demanda, resolución en contra de la cual el Sernac interpuso recursos de casación en la forma y apelación.

Explican que en dicho proceso, Sernac habría demandado colectivamente a FASA por considerar "insuficiente" la compensación entregada. Sin embargo, ahora y ante este Tribunal estaría solicitando la misma reparación que se discute ante otro Tribunal de la República, un doble pago por un mismo hecho.



Sobre la base de lo anterior, procede, como cuestión preliminar, a delimitar la causa de pedir y del objeto pedido en autos, pues son las acciones deducidas en el escrito de demanda y sus fundamentos, y las excepciones y alegaciones o defensas expresadas en la contestación las que fijan la litis cuya resolución se somete a la decisión del tribunal y enmarcan los límites a los que ella deberá someterse.

Expresan que en la especie son los propios dichos del SERNAC los que ponen en evidencia cuales son la cosa pedida y la causa de pedir, debiendo circunscribirse el debate en autos exclusivamente a ellas. Así, al señalar el Sernac que el beneficio jurídico perseguido consiste en que los consumidores que eventualmente se puedan haber visto afectados por el alza del precio de productos comercializados por las demandadas sean debidamente resarcidos estaría diciendo que la cosa pedida es la reparación de los consumidores eventualmente afectados. Y en cuanto a la causa de pedir, el actor reconoce expresamente que ejerce la presente acción en cumplimiento a lo establecido en el DL 211, específicamente su artículo 30, de forma que aquella sería la existencia de un ilícito anticompetitivo que declarado por sentencia firme y ejecutoriada en sede de libre competencia.

Por lo anterior, de la forma que ha sido planteada en autos por el Sernac, la presente demanda se regiría en sus aspectos sustantivos por el DL 211 y en lo meramente adjetivo, por la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores.

Alegan a continuación la nulidad de la demanda y de todo lo obrado a partir de su interposición, solicitud fundada en el hecho de que quien la interpone –hecho acaecido el 1 de febrero de 2013- en representación del Servicio Nacional del Consumidor es su Director Nacional (PT) don Juan José Ossa Santa Cruz, quien en su calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, asume personalmente el patrocinio y poder en la causa. Sin embargo, previamente, con fecha 28 de diciembre de 2012, en virtud de Resolución Exenta N°1881 de esa fecha, el señalado Director Nacional (PT) delegó pura y simplemente una parte de sus facultades en la Jefatura de la División Jurídica del Servicio Nacional del Consumidor, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 41 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, delegación en virtud de la cual la facultad de representar judicialmente al Servicio Nacional del Consumidor en todo juicio, de cualquier clase y naturaleza que sea, ante cualquier tribunal, sea como demandante, querellante, denunciante o peticionario; a facultad de entablar toda clase de demandas y la facultad de designar abogados patrocinantes y apoderados judiciales recaería desde entonces en quien detente la Jefatura de la



División Jurídica del Servicio Nacional del Consumidor, que desde mayo de 2012 hasta la presentación de la demanda era doña Carolina Norambuena Arizábalos. Agregan que según lo dispuesto por el artículo 41 de la ley 18.575, el delegante siempre podrá reasumir las facultades que haya delegado, pues la delegación será esencialmente revocable; ahora bien, la misma norma contempla en su inciso segundo que el delegante no podrá ejercer la competencia delegada sin revocar previamente la delegación. Y al haber efectuado la delegación parcial de facultades invocando el artículo 41 de la Ley 18.575, debe entenderse que se trata de una delegación pura y simple, distinta de la delegación de firma, en virtud de la cual en virtud de la cual se delega la facultad de firmar, por orden de la autoridad delegante, en determinados actos sobre materias específicas. Citando a Eduardo Soto Kloss, afirman que esta última no sería otra cosa que una delegación administrativa propiamente tal y que solo tendría justificación en los casos en que se trate de firmar actos en serie, o numerosos o de idéntico contenido, firmando el jerarca el primero y delegando la firma para el resto, o bien todos, y ello con una finalidad de agilizar el trámite. En aplicación de ello, concluyen que tratándose de demandas judiciales, y en particular la que es materia de este juicio, no nos encontramos en la situación descrita, de manera que siendo la delegación de la Resolución Exenta N° 1881 de carácter puro y simple, el Director Nacional del Sernac no podría ejercer la competencia delegada sin previamente revocar la delegación, para lo cual debe tener lugar el correspondiente acto administrativo revocatorio, que necesariamente debe cumplir con los mismos requisitos que aquél que le dio origen.

Afirman en consecuencia, en aplicación de lo dispuesto por los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, que la demanda de autos habría sido interpuesta por quien carecía de competencia para representar judicialmente al Sernac y estaba imposibilitado para ejercer la acción intentada.

Traen a colación y citan en apoyo de su postura diversos dictámenes de la Contraloría General de la República que refrendan el criterio señalado, en particular el N° 9.306 de 14 de febrero de 2011, N°17.790, de 21 de junio de 1990, N°43.124, de 14 de diciembre de 1988, N°39.447, de 17 de noviembre de 1994, N°64.142, de 29 de diciembre de 2004 y 21.046, de 3 de mayo de 2005, todos los cuales transcriben en lo pertinente. Adicionalmente citan nuevamente la doctrina del profesor Eduardo Soto Kloss, en cuya opinión “para retomar el ejercicio de la atribución delegada, el delegante debe previamente dictar el correspondiente acto administrativo revocatorio, por medio del cual deja sin efecto el acto administrativo delegatorio precedente”; y junto con ello, citan también sentencia de la Excm. Corte Suprema de 24 de marzo de 1988, según la cual la nulidad de Derecho



Público es “retroactiva, insaneable e imprescriptible, no puede convalidarse y produce consecuencias erga omnes, con efectos reflejos, porque acarrea la ineficacia de todos los actos posteriores y consecuenciales del que se estima nulo y, por último, debe declararse de oficio por los tribunales, para mantener la vigencia del orden jurídico establecido”.

Concluyen que la demanda de autos, deducida por el Director Nacional (PT) del Sernac, don Juan José Ossa Santa Cruz, contravendría el Principio de Legalidad establecido en la Constitución, adolecería de nulidad de derecho público, carecería de todo valor jurídico y generaría las responsabilidades y sanciones que señala la ley, por lo que solicitan así se declare por el Tribunal en la sentencia definitiva que se dicte.

Afirman a continuación en su defensa que respecto de FASA no existe una sentencia condenatoria firme y ejecutoriada dictada en sede de libre competencia, que es –en su opinión- por mandato legal, el fundamento que debe sostener la acción deducida por el Sernac. Sin embargo, no existiría respecto de FASA una sentencia que revestida de las condiciones exigidas por el artículo 30 del DL 211, lo que demostraría la improcedencia de la demanda de autos.

Basan su alegación en que el artículo 30 del DL 211 exige perentoriamente una sentencia condenatoria dictada en sede de libre competencia, y así es como lo entendería también el Sernac en su demanda, al declararlo expresamente en su libelo. La norma señalada exige perentoriamente, para que prospere la acción de indemnización en ella contemplada, que en contra de del demandado en sede civil, se haya dictado previamente en sede de libre competencia una sentencia firme y ejecutoriada que tenga por acreditada la conducta anticompetitiva, interpretación que sería compartida por el Sernac, el cual señala en su demanda que “los daños y perjuicios que hayan sido sufridos como consecuencia de una conducta anticompetitiva (como la colusión) pueden ser demandados una vez ejecutoriada la respectiva sentencia condenatoria”.

En consecuencia, concluyen que para que prospere la demanda de autos respecto de FASA, es necesario que se haya dictado en sede de libre competencia una sentencia firme y ejecutoriada que condene a su representada, en la que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia haya realizado una calificación jurídica de las conductas y hechos, que servirá de causa de pedir en la acción indemnizatoria, lo que en la especie no habría ocurrido.

Del mismo modo sostienen que así como no se ha dictado, tampoco podría dictarse en el futuro ninguna sentencia condenatoria que cumpla los requisitos del artículo 30 del DL 211, cuestión determinada por la existencia del Acuerdo de Conciliación suscrito entre la Fiscalía Nacional Económica y FASA, aprobado por



el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y confirmado por la Excma. Corte Suprema, el cual impediría que ello suceda.

Indican que por los términos de dicho acuerdo, FASA se comprometió a pagar a beneficio social la suma de 1.350 UTA y ofreció toda su ayuda a la Fiscalía Nacional Económica en la investigación de los hechos que dieron origen al Requerimiento, con lo que aquélla, a su turno, dejó sin efecto y renunció a las peticiones formuladas en su requerimiento en relación con FASA, así como en relación con su directores, administradores, ejecutivos y trabajadores, actuales o que hubieren tenido tales calidades a la época de ocurrencia de los hechos ventilados en esos autos. Lo anterior FASA lo entiende como una renuncia a la pretensión jurídica dirigida contra FASA y respecto de la cual estaba llamado a pronunciarse el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Adicionan que en el mismo instrumento las partes señalaron que el acuerdo, una vez aprobado por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, pondría término respecto de FASA al juicio caratulado “Requerimiento de la FNE en contra de Farmacias Ahumada S.A. y otros”, Rol N° C-184-08, con fuerza de sentencia definitiva. Esa aprobación tuvo lugar el día 13 de abril de 2009, en los mismos términos en que el acuerdo fue propuesto, y fue confirmada por la Excma. Corte Suprema por resolución de 31 de agosto de 2009, al resolver y rechazar los recursos de reclamación interpuestos en contra de la resolución aprobatoria por Cruz Verde y Jaime Mulet Martínez, coadyuvante de la Fiscalía Nacional Económica. Con ello, FASA habría dejado de ser parte en el proceso seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, al suponer la conciliación el retiro del requerimiento y el cese del proceso respecto de su representada.

Manifiestan que el efecto jurídico fundamental del acuerdo aprobado sería la ausencia de una condena en sede de libre competencia respecto de FASA, de manera que al dictarse la sentencia en dicho proceso, FASA ya no era parte en el mismo, y ella no puede, en consecuencia, atribuirle la comisión de una conducta anticompetitiva.

Por otro lado, expresan que en la conciliación, en cuanto equivalente jurisdiccional, no existe una calificación jurídica de hechos o conductas que se le imputen a FASA y que pudieren constituir un ilícito anticompetitivo, lo que redundaría en la inexistencia de un pronunciamiento jurisdiccional firme o ejecutoriado en tal sentido y por consiguiente en la falta de un elemento exigido por el artículo 30 del DL 211 para que pueda prosperar la pretensión jurídica hecha valer en contra de FASA en estos autos por el Sernac.

Argumentan adicionalmente que no puede existir una condena sin un proceso previo válidamente tramitado, y al haber dejado de ser parte en el proceso iniciado



por la Fiscalía Nacional Económica, no existiría respecto de FASA un proceso válidamente tramitado que posibilite una condena en su contra de acogerse la pretensión del Sernac.

Sostienen que lo previamente argumentado se proyecta también hacia lo futuro, por cuanto el acuerdo de conciliación en comento en su calidad de equivalente jurisdiccional, adquirió fuerza de cosa juzgada, lo que significaría no solo que el proceso iniciado por el Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica terminó respecto de FASA sin la existencia de una sentencia condenatoria en los términos del artículo 30 del DL 211, sino que tampoco sería posible la dictación de una en el futuro, por los mismos hechos que fueron materia del requerimiento.

Abonan aún más su argumentación esgrimiendo que la sentencia condenatoria que el Sernac invoca en su demanda no es oponible a FASA, toda vez que FASA ya habría dejado de ser parte en el proceso seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el momento en que fue pronunciada, precisamente porque respecto de su representada el proceso terminó en virtud del equivalente jurisdiccional que constituye el acuerdo conciliatorio suscrito. Así entonces, en virtud de lo dispuesto por el artículo 3 del Código Civil, la sentencia dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y por la Excma. Corte Suprema con posterioridad a la conciliación de la Fiscalía Nacional Económica y FASA no resultaría oponible a su representada.

Citan –y transcriben- en apoyo de su postura el considerando octogésimo séptimo de la sentencia pronunciada con fecha 7 de septiembre de 2012 por la Excma. Corte Suprema, el cual determinó que, teniendo en consideración los límites de la misma sentencia, en el ilícito de colusión establecido le correspondió participación culpable a Farmacias Cruz Verde S.A. y Farmacias Salcobrand S.A.. en calidad de partícipes directos en el acuerdo destinado a concretar la conducta y obtener los resultados esperados.

Continúan su exposición refiriéndose a la falta de la causa de pedir exigida por el artículo 30 del DL 211, que estaría determinada por la inexistencia de una sentencia condenatoria en sede de libre competencia respecto de FASA, dado que no existiría a su respecto una calificación jurídica de su conducta, en los términos de dicha norma. Ello traería aparejada en la especie la falta de uno de los elementos constitutivos de la acción incoada, la causa de pedir o causa petendi, a la que se refiere el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil como el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio. En doctrina comparada, citan a Andrés De la Oliva Santos, quien postula que "la existencia de una acción (o, si se prefiere, el fundamento de una pretensión) depende de presupuestos



jurídico-materiales o, lo que es igual, se basa en situaciones jurídico-materiales, en situaciones de la vida humana con relevancia jurídica”.

Aplicando lo anterior respecto de la acción deducida en autos, su presupuesto jurídico-material estaría constituido por la sentencia condenatoria a la que se refiere el artículo 30 del DL 211, pero como respecto de FASA no existiría una sentencia de tales características, dicho presupuesto no se verificaría; la acción carecería de la causa de pedir contemplada en el artículo 30 del DL 211 y haría imposible que la demanda de autos prospere.

Finalizan sus argumentaciones sobre la falta de sentencia condenatoria respecto de FASA expresando que la Excm. Corte Suprema habría confirmado la improcedencia de este tipo de procedimiento y demanda respecto de FASA en el considerando décimo cuarto de su fallo de 31 de agosto de 2009, de acuerdo con el cual, en relación a la afectación del derecho de terceros a obtener la indemnización de perjuicios prevista en el artículo 30 del DL N° 211, los afectados por conductas contrarias a la libre competencia siempre podrán hacer uso de las normas generales con arreglo a las cuales quien haya sufrido un daño, ejerce las acciones indemnizatorias pertinentes. De conformidad con ello, al menos respecto de FASA, cualquier afectado debería solicitar las indemnizaciones pertinentes según las normas generales del Código Civil y no mediante la acción especial establecida respecto de aquellos que han sido condenados en sede de Libre Competencia.

Aseguran que no obstante la conclusión anterior, Sernac ha deducido la acción de autos sometiéndola a una norma especial, la del inciso segundo del artículo 30 del DL 211 y no a las normas generales, con lo que pretendería relevarse de la obligación de acreditar la culpa y el hecho imputable, ambos elementos de la responsabilidad extracontractual que, según las normas generales –aplicables respecto de FASA– deben concurrir y acreditarse en cualquier proceso que se persiga una condena por esta clase de responsabilidad civil. Por ello es que en su opinión el Sernac se equivoca de procedimiento y acción respecto de FASA, al recurrir a una norma especial en lugar de ceñirse a las normas generales, esto es ejerciendo las acciones en su contra en un juicio ordinario de indemnización de perjuicios en el que se acrediten todos y cada uno de los elementos de la responsabilidad civil.

Alegan a continuación la falta de legitimidad activa del Sernac, por cuanto si bien el artículo 51 N°1 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores dispone expresamente que el procedimiento especial por ella establecido puede iniciarse por demanda presentada por el Sernac, ello no significaría que dicho servicio es siempre y a todo evento legitimado activo para interponer acciones



como la de autos. Así, la sola circunstancia de ser el Sernac el demandante no sería suficiente para dar por establecida esa legitimidad. Justifican lo anterior en que el servicio demandante gozaría de ella únicamente en la medida que sea un legítimo contradictor para discutir sobre el objeto del proceso en una determinada relación procesal. Y el reconocimiento que la ley da al Sernac en cuanto a constituir un legitimado activo encuentra su límite y justificación en la creación de una relación procesal válida. Es decir, se le concede la titularidad de una acción a objeto de que su ejercicio de nacimiento a una relación válida dirigida contra legítimo contradictor, dentro de un proceso capaz de terminar con una decisión jurisdiccional que cause el efecto de cosa juzgada.

Agregan que, siendo el Sernac un servicio público sujeto a la supervigilancia del Presidente de la República, a través del Ministerio de Economía, en todas sus actuaciones -incluyendo la interposición de demandas- debe obrar con estricto apego a la Constitución Política de la República y las normas dictadas en su conformidad. Desde esa perspectiva, consideran que la demanda de autos se habría interpuesto con infracción a una serie de principios y disposiciones legales propias del Estado de Derecho, determinando la privación de la legitimidad que el Sernac se atribuye en su demanda, en cuanto sujeto activo de la relación jurídico-procesal trabada en autos.

Elaboran su argumentación a este respecto en torno al agotamiento de la acción deducida en autos respecto de FASA, por cuanto la misma pretensión que se ha hecho valer ante este tribunal ya fue incoada ante el 1° juzgado civil de Santiago, en los autos Rol N° 37.607-2009, donde el Sernac también pretendería la reparación de consumidores presuntamente afectados por el alza de precios de los productos, circunstancia que, a juicio de FASA, el actor intentaría salvar arguyendo que en dicho juicio lo discutido sería el eventual incumplimiento del Plan de Compensación elaborado por FASA con la asistencia del Sernac.

Razonan que, atendido que tanto el Sernac como FASA entendían que a través del Plan de Compensación se buscaba reparar a los clientes de FASA que pudieren haber sido afectados por el alza de precios, cuando el servicio demandante consideró que FASA incumplió el plan y la demandó ante el 1° Juzgado Civil de Santiago, lo que habría buscado era la reparación de aquellos consumidores eventualmente afectados, tal como lo hace en autos, pidiendo por segunda vez y en paralelo, lo mismo que ante el 1° Juzgado Civil de Santiago, lo que de permitirse atentaría contra el principio non bis in ídem.

Sostienen que con la interposición por el Sernac de la demanda por incumplimiento del Plan de Compensación, el ejercicio de esa acción agota, extingue y consume la legitimación del demandante para intentar, con



posterioridad, la misma acción ante otro tribunal, obrando de ese modo su desaparición mediante dicho ejercicio, tal como postulan Giuseppe Chiovenda en el tomo I de su obra “Derecho Procesal Civil” y Hugo Alsina en el tomo I de su “Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial”, obras ambas citadas por la demandada FASA.

Manifiestan que el antes señalado no sería el único principio fundante del Estado de Derecho que ha sido infringido por Sernac mediante su demanda, la cual atentaría además contra principio de la veracidad y buena fe procesal, en virtud del cual todo litigante que ha echado a andar el aparato jurisdiccional en dos procesos ante distintos tribunales, lo menos que puede hacer es dar cuenta al tribunal que sobre los hechos más importantes denunciados en su libelo ya existe una litis trabada ante otro juez; el principio venire contra factum proprium non valet, según el cual a nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, y eso sería lo que hace Sernac, obviando con la presente demanda toda su conducta precedente, manifestada en la acción que dedujo en contra de FASA en diciembre de 2009, y obviando asimismo que fue él mismo quien entregó directrices, visó y monitoreó la implementación del Plan de Compensación, a la vez que judicializó su presunto incumplimiento, en diciembre de 2009.

Lo antes referido también iría en contra de los principios de economía procesal y seguridad jurídica, atendido el desgaste jurisdiccional que supone el tramitar, conocer y fallar dos veces una misma cuestión y la incertidumbre jurídica que provoca el que una misma contienda sea resuelta paralelamente por distintos tribunales, con la consecuente posibilidad de dictación sentencias contradictorias. Vulneraría también la demanda –según lo expresado por FASA– los principios de eficacia, eficiencia y coordinación consagrados en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, todos aplicables a Sernac en su calidad de servicio público integrante de la administración del Estado. Ello se traduciría, en el orden administrativo, en una infracción a los principios de la ley 18.575 y a los artículos 6° y 7° de la Constitución, y en el orden procesal, en que el Sernac carecería de legitimidad activa, debiendo desestimarse su acción.

En relación con la falta de legitimidad del Sernac alegada, formulan una serie de conclusiones, cuáles son que el actor se encontraría ventilando sucesiva o paralelamente ante tribunales distintos una misma pretensión jurídica, buscando sancionar varias veces a una misma persona por los mismos hechos; que se estaría en presencia de una actuación irregular de la administración del Estado -a través del SERNAC- a lo menos respecto de FASA; y que en este caso concreto y



al menos respecto de FASA, en base a lo expuesto a este respecto, la falta de legitimidad activa del Sernac, sería manifiesta.

Continúan su defensa oponiendo excepción de prescripción, la que fundan en el hecho de que, al no existir respecto de FASA una sentencia condenatoria dictada en sede de libre competencia que de por acreditado un ilícito anticompetitivo, ella no podría ser condenada al pago de una indemnización de perjuicios de acuerdo al artículo 30 del DL 211, por lo que el Sernac sólo podría haber podido perseguir esa indemnización de conformidad a uno de dos estatutos de responsabilidad: La contravencional de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores o la extracontractual sujeta a las reglas generales establecidas en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, y en ambos supuestos la pretensión indemnizatoria del Sernac se encontraría prescrita.

Sobre la prescripción de la acción según las normas de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, sostienen que si el Sernac estima que los hechos que fueron materia del Requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia son constitutivos de responsabilidad contravencional de FASA, las acciones que persigan ese tipo de responsabilidad prescribirían de acuerdo al artículo 26 de la ley 19.496.

Detallan que los hechos que motivan la demanda se habrían verificado, de acuerdo con el propio demandante, entre el 1 de diciembre de 2007 y el 31 de marzo de 2008. Dado que el artículo 26 ya referido establece un plazo de prescripción de seis meses contados desde que se haya incurrido en la infracción respectiva, para que la acción de autos no se encontrara prescrita el SERNAC debió haber presentado su demanda a más tardar el 30 de septiembre de 2008, pero ella fue presentada a distribución el 1 de febrero de 2013, por lo que la acción que persigue la responsabilidad contravencional de FASA se encontraría prescrita. Por otro lado, respecto de prescripción una acción deducida de acuerdo con las normas generales de la responsabilidad extracontractual, postulan que la acción se encontraría igualmente prescrita, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2332 del Código Civil, que establece un plazo de cuatro años contados desde la perpetración del acto. En este caso, considerando que el presunto ilícito extracontractual en que habría incurrido FASA y que habilitaría al Sernac a demandar la indemnización de perjuicios extracontractuales se habría verificado entre el 1 de diciembre de 2007 y el 31 de marzo de 2008, para que la acción de autos no se encontrara prescrita el Sernac debió haber notificado su demanda a más tardar el 31 de marzo de 2012, pero dicha actuación se verificó el día 8 de febrero de 2013, por lo que la acción para perseguir la responsabilidad civil de FASA de acuerdo con las normas generales se encuentra prescrita.



Oponen a continuación excepción de Litis pendencia por conexidad, la cual se configura cuando, aun no concurriendo la triple identidad entre ellos, un primer proceso se encuentra vinculado con un segundo en términos tales que la sentencia que haya de pronunciarse en un juicio deba producir la excepción de cosa juzgada en otro.

Afirman que la justificación de tal excepción encontraría su justificación en la íntima e indisoluble conexión existente entre la presente causa y la iniciada por el Sernac ante el 1° Juzgado Civil de Santiago bajo el rol N°37.607-2009. Así, en cuanto a la identidad de partes, ella sería clara pues en ambos juicios ha comparecido el Sernac deduciendo acción colectiva en contra de FASA; en cuanto a la identidad del objeto pedido, en ambos juicios el Sernac busca que los consumidores que eventualmente se puedan haber visto afectados por los hechos materia del Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica sean reparados; finalmente, sobre la causa de pedir, manifiestan que Sernac invoca en autos, como causa de pedir, la exigida por el artículo 30 del DL 211 (la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el 31 de enero de 2012 y confirmada por la Excma. Corte Suprema el día 7 de septiembre del mismo año), en tanto en el juicio seguido ante el 1° Juzgado Civil de Santiago, apoya su acción un supuesto incumplimiento por parte de FASA al Plan de Compensación, citando y transcribiendo algunos pasajes de esta última demanda a fin de ilustrar su aserto, los que pondrían en evidencia la íntima conexión existente entre ambos procesos, de modo que de no prosperar ninguna de las defensas y excepciones opuestas, el Tribunal debería de acoger la excepción de litispendencia por conexidad intentada, dado que existirían dos procesos entre las mismas partes; en ambos procesos, tanto el SERNAC como FASA ocuparían la misma posición jurídica, verificándose la identidad legal de partes; en ambos procesos, el Sernac pretendería la reparación de aquellos consumidores presuntamente afectados por los hechos que fueron materia del Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, de manera que el beneficio jurídico pretendido sería exactamente el mismo, con la única diferencia dada por la causa de pedir invocada por el SERNAC en ambos procesos, lo que no significaría que ambas litis no estén íntimamente ligadas, según se desprende de los propios dichos del Sernac en la demanda deducida ante el 1° Juzgado Civil de Santiago; y que de no acogerse esta excepción de litispendencia por conexidad, quedaría FASA expuesta a la dictación de sentencias contradictorias o, incluso, a una doble condena, lo que vulneraría principios fundamentales de nuestro ordenamiento procesal como la inavocabilidad, la economía procesal, la radicación y la prevención.



Especifican a continuación cuáles serían los efectos de acogerse la litispendencia por conexidad, citando al efecto fallo de la Excma. Corte Suprema de 22 de agosto de 2002, N° de Ingreso 993-2002, la cual expresa que en los casos no de identidad sino que de conexión de litis, se producirá la acumulación de autos en la forma prevista y reglamentada en los artículos 92 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y los dos juicios se sustanciarán conjuntamente y terminaran en virtud de una misma y única sentencia. Por lo mismo, estiman que, a fin de precaver la infracción a los principios procesales señalados y la posibilidad de que FASA sufra una doble condena por los mismos hechos, el Tribunal debería ordenar la acumulación de ambos juicios, al menos respecto de su representada FASA.

Prosiguen su presentación desvirtuando la procedencia del daño demandado, controvirtiendo expresamente la existencia, naturaleza y monto de los perjuicios demandados, de modo que correspondería al Sernac su prueba, en virtud del artículo 1698 del Código Civil y 50 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, así como la individualización de los consumidores afectados, sean o no considerados en grupos o subgrupos.

Razonan que el artículo 53 C letra c) de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores obliga al juez, en la sentencia que acoja la demanda, a declarar la procedencia de las correspondientes indemnizaciones o reparaciones y el monto de la indemnización o la reparación a favor del grupo o de cada uno de los subgrupos, cuando corresponda. Esto es, no entrega concepto especial ni señala normas específicas respecto de cuáles serían estas indemnizaciones, por lo que sería necesario acudir a las normas y principios generales de la responsabilidad. Y La indemnización de perjuicios, tratándose de acciones en beneficio del interés colectivo, debe regirse por las normas de la responsabilidad contractual, según dispone el propio artículo 50 de la LPC. Citan en ese sentido el considerando tercero de la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de 20 de mayo de 2008, Rol N° 6167-2007, según el cual el derecho de reparación e indemnización contenido en la Ley sobre Protección del Consumidor que, en este caso, queda gobernada por las reglas del derecho común que rigen la responsabilidad contractual, equiparando esta responsabilidad a la responsabilidad legal que el artículo 23 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores impone al proveedor en el sentido de indemnizar los perjuicios de un servicio que causa menoscabo al consumidor.

Continúan argumentando que al aplicarse las reglas de la responsabilidad contractual, resultaría absolutamente necesaria la existencia de un daño a los consumidores, el cual debe ser real, cierto, indemnizable y lesionar un derecho o



interés legítimo, requisitos a los que la doctrina ha agregado un cuarto, esto es que el daño sea directo o que la pérdida, menoscabo, perturbación o molestia sea consecuencia inmediata y necesaria del hecho que lo provoca. Por lo anterior Sernac debiera acreditar la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos para que proceda la responsabilidad contractual; sin embargo, a pesar de dicha carga, fundamenta su pretensión indemnizatoria en un antecedente establecido en la sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema, que sería inoponible a FASA por haber dejado de ser parte en el proceso, sin contar que dicho antecedente se refiere a los ingresos brutos obtenidos presuntamente por las demandadas, sin indicar que proporción o porcentaje le corresponde a cada una de ellas, y que los ingresos brutos no serían indemnizables, debiendo probar Sernac entonces, caso a caso, o por grupo o subgrupos de consumidores, cual es el perjuicio supuestamente sufrido en su patrimonio.

Oponen como última excepción la de pago, en virtud, en primer lugar, del Acuerdo de Conciliación entre FASA y la Fiscalía Nacional Económica, aprobado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y confirmado por la Excma. Corte Suprema, y en segundo lugar, del Plan de Compensación confeccionado libre y espontáneamente por FASA, que buscaba compensar a todas aquellas personas que hubieren adquirido algunos de los Productos en el Periodo. Dicho plan contemplaba tres mecanismos de reparación según el tipo de consumidor afectado, que eran los siguientes:

Personas que contaban con Boletas de Compra

Personas que contaban con Boletas de Compra. Recibirían como reembolso la diferencia existente entre el precio efectivamente pagado y el valor real del producto, debidamente reajustada por IPC;



precio pagada haciendo uso de los mecanismos ofrecidos por FASA, que hubiese encontrado como respuesta el rechazo de su solicitud. Sumando todos los mecanismos de compensación que nuestra representada puso a disposición de sus clientes, FASA habría reparado a sus clientes eventualmente afectados con los hechos materia del Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en \$1.761.648.268.

Es por lo anterior que afirman que la demanda de autos debe ser desestimada respecto de FASA, por cuanto los clientes de nuestra representada que se pudieron ver afectados por el alza de precio de los productos, ya han sido reparados o compensados, lo que haría procedente acoger la excepción de pago opuesta pues de otro modo FASA terminaría reparando a sus consumidores 2 veces por unos mismos hechos: A través del Plan de Compensación que contó con la asesoría y anuencia del Sernac; y eventualmente, en virtud de la sentencia definitiva que se dicte en estos autos, pronunciándose sobre una demanda deducida también por el Sernac.

Solicitan para el caso en que la sentencia pronunciada en estos autos condene a FASA, que se impute a esa condena el monto de \$1.761.648.268 que alega haber sido compensado con anterioridad.

Para finalizar su presentación, extraen de lo expuesto una serie de conclusiones por las que la acción colectiva intentada por Sernac sería absolutamente improcedente:

- (i) El beneficio jurídico perseguido en la acción interpuesta es la reparación de los consumidores que se pudieran haber visto afectados por los hechos que fueron materia del Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, para lo cual el Sernac ha deducido la acción contemplada en el artículo 30 del DL 211, norma que exige como causa de pedir una sentencia condenatoria dictada en sede de libre competencia, que debe invocarse en contra del demandado en sede civil para la indemnización de perjuicios, de acuerdo con las normas generales, que no es el caso de autos.
- (ii) Respecto de FASA no se ha dictado ni podría dictarse una sentencia condenatoria en sede de libre competencia por los hechos que fueron materia del Requerimiento ante la Fiscalía Nacional Económica, lo que redundaría en no concurrir el presupuesto jurídico material indispensable para que prospere la acción del artículo 30 del DL 211 intentada por el Sernac en contra de FASA.
- (iv) La demanda interpuesta por el Sernac sería nula pues la competencia del Director Nacional del Sernac, al momento de interponerse la demanda, había sido delegada, no pudiendo ejercerla válidamente.



(v) Adicionalmente el SERNAC ha perdido la legitimidad activa que preliminarmente le reconoce el artículo 51 N° 1 de la LPC, toda vez que la acción deducida en autos está agotada respecto de FASA al haber sido ya ejercida por el Sernac ante el 1° Juzgado Civil de Santiago y al proceder de esta forma el Sernac infringe varios principios fundantes del Estado de Derecho y disposiciones expresas de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, determinando que la demanda de autos, por lo menos respecto de FASA, es expresión de una actuación irregular de la Administración del Estado, privando al Sernac de legitimidad activa de fondo.

(vi) Sin perjuicio de lo anterior, sea que se pretenda la responsabilidad contravencional de FASA de acuerdo a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores o su responsabilidad civil según las reglas generales de la responsabilidad extracontractual, la acción se encontraría prescrita.

(vii) FASA no podría ser condenada a reparar a sus clientes, por cuanto ya lo ha hecho a través del Plan de Compensación, el cual habría significado la reparación de los mismos en casi 2 mil millones de pesos.

(viii) En el improbable evento de que ninguna de las excepciones o defensas de FASA sean acogidas, debiera acogerse la excepción de litispendencia por conexidad, ordenándose la acumulación de estos autos al juicio ya iniciado por el SERNAC ante el 1° Juzgado Civil de Santiago.

(ix) En último caso, el Sernac se encuentra obligado a probar la existencia de perjuicios reales y ciertos respecto de cada uno de los consumidores o de los grupos o subgrupos de consumidores que se indiquen en la sentencia, los que deberían tener su causa en el actuar de su defendida.

Solicitan tener por contestada la demanda de autos y, en definitiva, acogiendo una o más de las excepciones o defensas expuestas, rechazar la acción deducida, con costas.

DÉCIMO NOVENO: A fojas 879, por resolución de fecha 6 de octubre de 2014, modificada por resolución de fecha 7 de octubre de 2015, escrita a fojas 1161, y por resolución de 21 de octubre de 2015, escrita a fojas 1181, confirmada a fojas 2099, el Tribunal recibió la causa a prueba, fijando como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, sobre los que ella habría de recaer, los siguientes:

1.- Efectividad de que la sentencia dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia acogió el requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica, en contra de las tres Farmacias: Cruz Verde SA, Salcobrand SA y Ahumada SA. Términos en los cuales fue acogida y efectividad de encontrarse firme y ejecutoriada.



- 2.- Efectividad que como consecuencia de la conducta contraria a la libre competencia que se le imputa a las demandadas, se habría ocasionado perjuicios a los consumidores sobre los cuales recayó el acuerdo para alzar los precios por las tres farmacias, en el período comprendido entre diciembre de 2007 y marzo de 2008. Naturaleza y montos de los mismos.
- 3.- Grupos o eventuales subgrupos de consumidores que estarían afectados. Hechos y circunstancias.
- 4.- Hechos y circunstancias por las cuales este Tribunal sería incompetente para conocer de esta materia.
- 5.- Existencia de juicio pendiente entre el Sernac y Farmacias Ahumada SA, mismo objeto y misma causa de pedir
- 6.- Efectividad de que Sernac, carece de legitimación activa para comparecer en esta acción. Hechos y circunstancias que lo acrediten.
- 7.- Efectividad de haber operado la prescripción extintiva.
- 8.- Hechos que constituyen la procedencia de la excepción de prescripción extintiva alegada.
- 9.- Efectividad que Farmacias Cruz Verde y Salcobrand, carecen de legitimación pasiva. Hechos y circunstancias que lo configuran.
- 10.- Efectividad de que Fasa habría reparado, de manera suficiente, a los clientes que se verían perjudicados. Época y monto de los mismos.

VIGÉSIMO: La parte demandante, en orden a acreditar los fundamentos de hecho de su pretensión, ofreció y rindió oportunamente la siguiente prueba:

A.- Prueba Documental:

- 1.- A fojas 1, Decreto N° 136 de 4 de diciembre de 2012 del Ministerio de Economía Fomento y Turismo, en el que se consigna el nombramiento de don Juan José Ossa Santa Cruz como Director Nacional (PT) del Servicio Nacional del Consumidor, bajo el apercibimiento del artículo 346 N°3 del Código de Procedimiento Civil.
- 2.- A fojas 9, copia simple de la sentencia de la Corte Suprema, Rol 2578-2012, de fecha 7 de septiembre de 2012, con citación. Guardado en custodia bajo el N°735-13
- 3.- A fojas 9, copia simple de la sentencia N° 119/2012 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (de fecha 31 de enero de 2012), recaída en los autos Rol 184-2008 de dicho tribunal, con citación. Guardado en custodia bajo el N°735-2013



4.- A fojas 3, Copia del oficio N° 8-2012, *Informe Proyecto de Ley 50-2011*, suscrito por el pleno de la Excma. Corte Suprema con fecha 17 de enero de 2012, con citación.

5.- A fojas 233, informe en Derecho titulado “Legitimidad del Sernac para demandar la indemnización de los daños causados por un cartel a los consumidores”, elaborado por los abogados Francisco Agüero Vargas y Nicolás Rojas Covarrubias, de fecha 31 de agosto de 2012, con citación.

6.- A fojas 515, Informe en Derecho sobre la razón que asiste al Sernac en el juicio en que ejerce las acciones de interés colectivo y difuso contra Farmacias Cruz Verde S.A., Farmacias Salcobrand S.A. y Farmacias Ahumada S.A. para que indemnicen a los consumidores perjudicados con su colusión para alzar los precios, establecida por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por fallo de 31 de enero de 2012, elaborado por los profesores José Joaquín Ugarte Vial y José Joaquín Ugarte Godoy, con citación.

7.- A fojas 1200, Informe económico titulado “Estimación de daños a consumidores por alza coordinada de precios de las Farmacias Ahumada, Cruz Verde y Salcobrand”, elaborado por don Aldo González, ingeniero civil y doctor en economía, de octubre de 2015, con citación. Guardado en custodia bajo el N°7591-2015.

8.- A fojas 1200, informe en Derecho titulado “Reparación de los daños colectivos y difusos en el juicio 'Servicio Nacional del Consumidor con Farmacias Cruz Verde S.A. y otros', Rol N°1940-2013, seguido ante el 10° Juzgado Civil de Santiago”, elaborado por el profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile, abogado Mauricio Tapia R. de fecha 28 de abril de 2015, con citación. Guardado en custodia bajo el N°7591-2015.

9.- A fojas 1281, informe en Derecho titulado “Demandas colectivas por los daños causados por un cartel”, elaborado por los abogados Francisco Agüero Vargas y Nicolás Rojas Covarrubias, del Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, de 31 de agosto de 2012.

10.- A fojas 1281, copia autorizada de informe denominado “Colusión de las cadenas de farmacias en Chile: Estructura de la industria y racionalidad económica de la acusación”, elaborado por los doctores en economía Claudio Agostini y Eduardo Saavedra con fecha 29 de diciembre de 2009, con citación. Guardado en custodia bajo el N°7736-2015.

11.- A fojas 1281, copia autorizada de informe pericial denominado “Requerimiento de la FNE en contra de Farmacias Ahumada y otros”, elaborado por los ingenieros Javier Núñez, Tomás Rau y Jorge Rivera, con fecha 26 de octubre de 2010, con citación. Guardado en custodia bajo el N°7736-2015.



12.- A fojas 1281, copia autorizada de informe pericial denominado “Informe de respuesta a preguntas del TDLC y análisis de comentarios realizados al informe pericial”, elaborado por los ingenieros Javier Núñez, Tomás Rau y Jorge Rivera, con fecha 30 de diciembre de 2010, con citación. Guardado en custodia bajo el N°7736-2015.

B.- Prueba Testimonial:

1.- A fojas 1225, la parte demandante Sernac hizo comparecer a estrados a don Mauricio Iván Tapia Rodríguez, abogado, domiciliado en calle Crucero Exeter N°0325, de la comuna de Providencia, Región Metropolitana, testigo que con la venia del Tribunal, y con la asistencia de los apoderados de la parte demandante, don Luis Álvarez Estay; de la demandada Cruz Verde S.A., don Hugo Botto Oakley y don Freddy Ramírez León; de la demandada Salcobrand S.A., don Nicolás Vergara Correa; y en rebeldía de la demandada Farmacias Ahumada S.A., a la hora señalada y legalmente juramentado, declara, a fojas 1225, al tenor de los puntos de prueba número dos y tres de los fijados en el auto de prueba de fojas 879, modificado a fojas 1161 y fojas 1181.

Declara el testigo ser el autor de un informe en Derecho denominado “Reparación de los daños colectivos y difusos en el juicio Servicio Nacional del Consumidor con Farmacias Cruz Verde S.A. y otros, Rol 1940-2013, seguido ante el 10° Juzgado Civil de Santiago”, y que se encuentra acompañado en autos a fojas 1200, el que reconoce y ratifica en todas sus partes, así como reconoce la firma estampada al final del mismo.

2.- A fojas 1663, la parte demandante Sernac hizo comparecer a estrados a don Aldo Patricio González Tissinetti, economista, domiciliado en calle Diagonal Paraguay N°257 oficina 1501, de la comuna de Santiago, Región Metropolitana, testigo que con la venia del Tribunal, y con la asistencia de los apoderados de la parte demandante, don Rodrigo Andrés Martínez Alarcón, de la demandada Cruz Verde S.A., don Hugo Botto Oakley y don Freddy Ramírez León; de la demandada Farmacias Ahumada S.A. don Sebastián Zamora Iturra; y de la demandada Salcobrand S.A., don Juan Sebastián Valdés Rojas, a la hora señalada y legalmente juramentado, declara, de fojas 1663 a fojas 1675, al tenor de los puntos de prueba número dos y tres de los fijados en el auto de prueba de fojas 879, modificado a fojas 1161 y fojas 1181.

Exhibido al testigo, a objeto de que reconozca su autoría y la firma en él estampada, el documento titulado “Estimación de daños a consumidores por alza



coordinada de precios de las farmacias Ahumada, Cruz Verde y Salcobrand”, acompañado por Sernac a fojas 1200, dice reconocer el informe, su firma y su autoría.

VIGÉSIMO PRIMERO: Por su parte, la demandada CRUZ VERDE S.A., a efectos de acreditar los sustentos fácticos de su pretensión, ofreció y rindió oportunamente la siguiente prueba:

A.- Prueba Documental:

1.- A fojas 1227, informe económico denominado “Estimación de perjuicios en la demanda colectiva de Sernac en contra de Farmacias Cruz Verde” de 29 de octubre de 2015, emitido por el Sr. Eduardo Walker Hitschfeld, con citación. Guardado en custodia bajo el N°7733-2015.

2.- A fojas 1227, documento denominado “Informe sobre la procedencia de someter la acción indemnizatoria prevista en el artículo 30 del DL 211 al procedimiento colectivo regulado en la ley N°19.496 de protección de los Derechos de los Consumidores”, elaborado por el Sr. Gonzalo Cortéz Matcovich, con citación. Guardado en custodia bajo el N°7733-2015.

3.- A fojas 1227, instrumento denominado “Informe en Derecho Causa Sernac con Farmacias Cruz Verde S.A. y otros, Décimo Juzgado Civil de Santiago, Rol N°1940-2013”, emitido por el Sr. Ricardo Sandoval López, con citación. Guardado en custodia bajo el N°7733-2015.

4.- A fojas 1227, informe titulado “La ley sobre protección de los derechos de los consumidores y el artículo 30 del DL N° 211. Dos caminos paralelos”, elaborado por el Sr. Cristián Reyes Cid, con citación. Guardado en custodia bajo el N°7733-2015.

5.- A fojas 1227, documento denominado “Opinión Jurídica”, emitida por el Sr. José Miguel Gana Eguiguren, con citación. Guardado en custodia bajo el N°7733-2015.

6.- A fojas 1227, instrumento denominado “Opinión Legal”, elaborado por doña María Elena Cruz Tahnuz, con citación. Guardado en custodia bajo el N°7733-2015.

7.- A fojas 1229, copia del mensaje y proyecto de ley de 16 de marzo de 2015, que modifica el DL 211 para, entre otros objetivos, permitir el ejercicio de la acción del artículo 30 del DL211 conforme al procedimiento de la ley 19.496, con citación. Guardado en custodia bajo el N° 7734-2015.

8.- A fojas 1231, copia de la demanda iniciada por el Sernac en proceso caratulado Servicio Nacional del Consumidor con Banco Ripley S.A., seguido ante el 6° Juzgado Civil de Santiago, rol C-47.716-201 (sic). Guardado en custodia bajo el N°7735-2015.



9.- A fojas 1231, copia de la demanda iniciada por el Sernac en proceso caratulado Servicio Nacional del Consumidor con Banco do Chile S.A., seguido ante el 12° Juzgado Civil de Santiago, rol C-10.051-2014. Guardado en custodia bajo el N°7735-2015.

10.- A fojas 1231, copia de la demanda iniciada por el Sernac en proceso caratulado Servicio Nacional del Consumidor con Banco Santander-Chile S.A. seguido ante el 14° Juzgado Civil de Santiago, rol C-1391-2012. Guardado en custodia bajo el N°7735-2015.

11.- A fojas 1231, copia de la demanda iniciada por el Sernac en proceso caratulado Servicio Nacional del Consumidor con Matic Kard SA, seguido ante el 10° Juzgado Civil de Santiago, rol C-25.010-2014. Guardado en custodia bajo el N°7735-2015.

12.- A fojas 1231, copia de la demanda iniciada por el Sernac en proceso caratulado Servicio Nacional del Consumidor con Créditos Organización y Finanzas S.A. seguido ante el 22° Juzgado Civil de Santiago, rol C-1746-2012. Guardado en custodia bajo el N°7735-2015.

13.- A fojas 2860, informe económico denominado “Estimación de perjuicios por colusión para farmacias Cruz Verde (FCV)” de 13 de marzo de 2019, elaborado por el profesor Eduardo Walker Hitschfeld, que formula un recálculo de los perjuicios estimados por el informe económico elaborado por el Sr. Aldo González que fue acompañado por el Sernac, con resultados distintos, con citación.

B.- Prueba Testimonial:

1.- A fojas 1470, la parte demandada Cruz Verde S.A. hizo comparecer a estrados a don Cristián Rodrigo Reyes Cid, abogado, domiciliado en Nueva Costanera N°3698 oficina 404, de la comuna de Vitacura, Región Metropolitana, testigo que con la venia del Tribunal, y con la asistencia de los apoderados de la parte demandante, don Luis Álvarez Estay; de la demandada Cruz Verde S.A., don Freddy Ramírez León; de la demandada Farmacias Ahumada S.A., don Joaquín Castillo León y don Sebastián Zamora Iturra; y de la demandada Salcobrand S.A., don Juan Sebastián Valdés Rojas, a la hora señalada y legalmente juramentado, declara, de fojas 1470 a fojas 1476, al tenor del punto de prueba número uno de los fijados en el auto de prueba de fojas 879, modificado a fojas 1161 y fojas 1181.

Exhibido al testigo, a objeto de que reconozca como de elaboración propia el informe acompañado por Cruz Verde a fojas 1227, titulado “La ley sobre protección de los derechos de los consumidores y el artículo 30 del DL N° 211. Dos caminos paralelos”, expone reconocer de su autoría el informe.



2.- A fojas 1485, 1488 y 1497 la parte demandada Cruz Verde S.A. hizo comparecer a estrados a los testigos doña María Elena Cruz Tahnuz, abogado, domiciliada en Reina Victoria N°6377, de la comuna de La Reina, Región Metropolitana; don José Miguel Gana Eguiguren, abogado, domiciliado en Isidora Goyenechea N°3477 piso 14, de la comuna de Las Condes, Región Metropolitana; y don Eduardo Roberto Walker Hitschfeld, domiciliado en Vicuña Mackenna N°4860, Campus San Joaquín Universidad Católica, testigos que, con la venia del Tribunal y con la asistencia de los apoderados de la parte demandante, don Luis Álvarez Estay; de la demandada Cruz Verde S.A., don Hugo Botto Oakley y don Freddy Ramírez León; de la demandada Farmacias Ahumada S.A., don Sebastián Zamora Iturra; y de la demandada Salcobrand S.A., don Juan Sebastián Valdés Rojas, a la hora señalada y legalmente juramentados, declaran al tenor de los puntos de prueba que se indicarán, fijados en el auto de prueba de fojas 879, modificado a fojas 1161 y fojas 1181.

Declara la testigo María Elena Cruz Tahnuz al tenor del auto de prueba en general, y siéndole exhibido el documento titulado “Opinión Legal”, acompañado por Cruz Verde a fojas 1227, a objeto de que lo reconozca, señala reconocerlo como de su autoría y con su firma.

Declara el testigo don José Miguel Gana Eguiguren al punto número uno del auto de prueba. Exhibido al testigo el documento denominado “Opinión Jurídica”, acompañado a fojas 1227 por Cruz Verde, a fin de que reconozca su autoría el informe y como propia la firma estampada en él, expone ser de su autoría y reconocer la firma.

Declara el testigo don Eduardo Roberto Walker Hitschfeld al punto número uno del auto de prueba, y repreguntado sí reconoce como de su autoría y como suya la firma correspondiente al informe acompañado por Cruz Verde a fojas 1227 denominado “Estimación de perjuicios en la demanda colectiva de Sernac en contra de Farmacias Cruz Verde”, el que se le exhibe, expone reconocer su autoría y su firma.

3.- A fojas 1556, la parte demandada Cruz Verde S.A. hizo comparecer a estrados a don Arturo Ricardo Pino Varas, abogado, domiciliado en Apoquindo N°3039 piso 12, de la comuna de Las Condes, Región Metropolitana, testigo que, con la venia del Tribunal y con la asistencia de los apoderados de la parte demandante, don Luis Álvarez Estay; de la demandada Cruz Verde S.A., don Freddy Ramírez León; de la demandada Farmacias Ahumada S.A., don Joaquín Castillo León y don



Sebastián Zamora Iturra; y de la demandada Salcobrand S.A., don Juan Sebastián Valdés Rojas, a la hora señalada y legalmente juramentado, declara, de fojas 1556 a fojas 1561, al tenor del auto de prueba de fojas 879, modificado a fojas 1161 y fojas 1181.

4.- A fojas 1630, la parte demandada Cruz Verde S.A. hizo comparecer a estrados, a audiencia testimonial extraordinaria, al testigo Gonzalo Alonso Cortez Matcovich, abogado, domiciliado en O'Higgins N°940 oficina 903, de la comuna de Concepción, Octava Región; testigo que, con la venia del Tribunal y con la asistencia del apoderado de la parte demandada, don Carlos Lavín Housset, y de la parte demandante, doña Paulina Cid Muñoz, declara, al ser interrogado para decir si reconoce de su autoría el informe en derecho acompañado en autos –a fojas 1227– y como suya la firma estampada en él, responde que efectivamente es de su autoría, elaborado a petición de los abogados Hugo Botto y Freddy Ramírez en julio de 2015, y que la firma estampada en él es suya.

C.- Prueba pericial:

A fojas 2473, la demandada Cruz Verde solicitó informe pericial de revisión de la traducción libre de la declaración testimonial contenida en exhorto internacional acompañada por la demandada Salcobrand S.A a fojas 2457. Al efecto, por resolución de 25 de mayo de 2017, rolante a fojas 2505, se designó perito traductora a doña Victoria Zúñiga Fernández, quien fue notificada y aceptó el cargo a fojas 2509, evacuando su informe de fecha 1 de octubre de 2018, denominado “informe pericial de traducción”, a fojas 2759.

VIGÉSIMO SEGUNDO: A su vez, la demandada Salcobrand se valió de los siguientes medios de prueba, oportunamente ofrecidos y rendidos, con la finalidad de acreditar los fundamentos de hecho de la pretensión sostenida en el pleito:

A.- Prueba documental:

1.- A fojas 1233, informe económico titulado "Export Report - National Consumer Protection Service v. Farmacias Cruz Verde S.A. et al" elaborado por el economista señor Justin McCrary, con fecha 17 de agosto de 2015, con citación. Guardado en custodia bajo el N°7725-2015.

2.- A fojas 1233, dos dispositivos de almacenamiento electrónico (pendrives), guardados en custodia bajo el N°7725-2015, que contienen los anexos A y B del informe económico singularizado con el número anterior, los que incluyen el currículum vitae del autor y las bases de datos, materiales y antecedentes electrónicos utilizados para su elaboración, documentos electrónicos percibidos en



audiencia de percepción documental de 20 de mayo de 2016, rolante a fojas 1750, según la siguiente minuta:

i) Sobre el contenido: Pendrive 1 incluye los archivos Appendix A, que contiene el Currículum Vitae del economista Justin McCrary, y Appendix B, que contiene los archivos data, Excel, Footnotes, SAS Code y STATA Code; Pendrive 2 incluye el archivo appendix B, que contiene a su vez los siguientes archivos: Data.

ii) Sobre el informe y los datos utilizados para su elaboración: El informe contienen diversos ejercicios estadísticos y econométricos, para cuya realización se distinguen tres etapas, a saber: 1.- Importar datos de diversas fuentes; 2.- Procesar los datos y agruparlos en bases de datos consolidadas; 3.- Realizar análisis y ejercicios sobre estas bases de datos consolidadas. Para el informe se usaron datos sobre ventas de medicamentos, facturación por laboratorio, descuentos y rebates, inflación mensual para el período de análisis, entre otros datos. Las etapas 1 y 2 se desarrollaron mediante el software SAS, el software estadístico STATA y Microsoft Excel.

iii) Abriendo archivos en SAS y STATA: 1.- Archivos de código, contienen todas las instrucciones de programación para procesar los datos, generar las bases de datos y realizar los análisis y ejercicios estadísticos y econométricos. Los archivos SAS (Extensión .sas) y STATA (Extensión .do) pueden ser abiertos por editores de texto tradicionales o por medio de los mismos programas; 2.- Bases de datos, sus extensiones son .sas7bdat para SAS y .sta para STATA, y deben ser abiertos por medio de dichos programas. , que en el primer caso, requieren estar alojados en una carpeta específica del programa (“carpeta compartida”).

iv) Archivos acompañados junto al informe: Se presentan 5 carpetas, cuyo detalle es el siguiente:

1) DATA: Sas_dataset contiene las bases de datos en formato SAS que se utilizan para realizar los ejercicios presentados en el informe. Comprende rebate, que contiene las bases de datos sobre descuentos y rebates utilizados como insumo para calcular los rebates asociados a cada producto; raw, que contiene las distintas bases de datos ya procesadas sobre los rebates de cada producto, inflación y venta, en formato SAS; Clean, que contiene las bases de datos consolidadas que son utilizadas para la realización de los distintos ejercicios y análisis presentados en el informe.

Sas_export contiene los datos usados para calcular los resultados para distintos párrafos del informe, así como para los anexos 1, 3 y 6. Se exportan desde el software SAS en formato Excel.

Sas_import contiene todas las bases de datos primarias utilizadas como insumo para la generación de las bases de datos consolidadas de la carpeta Sas_dataset.



Stata_dataset contiene la base de datos consolidada en formato STATA que se utiliza para los ejercicios del anexo 5.

Stata_export contiene los resultados presentados en el informe para el anexo 5, resultados que se exportan desde el software STATA en formato Excel y de texto (csv y txt)

2) EXCEL: Exhibits contiene todos los anexos presentados en el informe, en español e inglés.

Workpapers contiene las hojas de cálculo con que se calculan los resultados para los distintos párrafos (41, 42, 49, 62, 95 y 96).

3) FOOTNOTES: contiene documentos en “pdf” usados como referencia para la elaboración del informe.

4) SAS CODE: contiene los códigos necesarios para importar los datos provenientes de diversas fuentes al software SAS.

Build contiene códigos necesarios para construir las bases de datos consolidadas de los datos una vez importados.

Analysis contiene los códigos necesarios para, a partir de la bases de datos consolidadas, generar los resultados presentados en el informe para los párrafos 41, 49, 62, 95 y 96, y para los anexos 1, 3 y 6.

5) STATA CODE: contiene los códigos necesarios para la generación de los resultados presentados en el anexo 5 del informe.

3.- A fojas 1234, 206 fichas correspondientes a cada uno de los 206 medicamentos incluidos en la demanda del Sernac, con la información que se indicará, guardados en custodia bajo el N° 7727-2015:

i) Número correlativo del Producto según el listado incluido en las páginas 16 a 20 de la demanda del Sernac.

ii) Nombre del producto;

iii) Laboratorio que elabora el producto;

iv) Precio unitario efectivo de venta del producto para los meses noviembre de 2007 a abril de 2008;

v) Costo unitario de adquisición del producto para los meses noviembre de 2007 a abril de 2008;

vi) Margen unitario del producto para los meses noviembre de 2007 a abril de 2008;

vii) Costos de administración y ventas de Salcobrand para los meses noviembre de 2007 a abril de 2008;

viii) Costo unitario de administración y ventas para los meses noviembre de 2007 a abril de 2008;



ix) Utilidad unitaria del producto antes de impuestos para los meses noviembre de 2007 a abril de 2008;

x) Gráfico que muestra las curvas correspondientes al precio unitario efectivo de venta del producto, el costo unitario de adquisición del producto y el costo unitario total del producto, para los meses noviembre de 2007 a abril de 2008;

xi) Listado de sustitutos del Producto; y

xii) Gráfico que muestra el precio promedio de venta del producto y el precio promedio de venta de los sustitutos del producto entre los meses de noviembre de 2007 y marzo de 2008.

4.- A fojas 1234, copia de Proyecto de Ley ingresado el 14 de abril de 2009 que modifica Ley N° 19.496, haciendo aplicable las acciones colectivas y difusas a las conductas contrarias a la libre competencia que perjudiquen a los consumidores, Boletín N° 6461-03, proyecto de Ley ingresado por los Diputados Gonzalo Arenas, Marcelo Díaz, Tucapel Jiménez, Carlos Montes y Patricio Vallespín, con citación. Guardado en custodia bajo el N° 7727-2015.

5.- A fojas 1234, copia de proyecto de ley Ingresado el 11 de junio de 2013, que permite reclamar en forma colectiva indemnización de perjuicios por sentencia dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Boletín N°8979-03, proyecto de ley ingresado por los Diputados Fuad Chaín, Carolina Goic, Ricardo Rincón, Patricio Vallespín, Mario Venegas y Matías Walker, con citación. Guardado en custodia bajo el N° 7727-2015.

6.- A fojas 1234, copia de proyecto de Ley ingresado el 19 de marzo de 2015, que Modifica el DFL N° 1 de 2004 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211 de 1973, que fija normas para la defensa de la Libre Competencia. Boletín N° 9950-03, Proyecto de ley ingresado por Mensaje de S.E. la Presidenta de la República, con citación. Guardado en custodia bajo el N° 7727-2015.

7.- A fojas 1234, informe titulado "Informe Técnico sobre Aspectos Relacionados al Mercado Farmacéutico y sus principales características", elaborado por el químico Farmacéutico Stephan Jarpa Cuadra y copia de su currículum vitae, con citación. Guardado en custodia bajo el N° 7727-2015.

8.- A fojas 1234, copia de entrevista otorgada al Diario El Pulso por Hernán Calderón, presidente de Conadecus, de fecha 5 de junio de 2013.

9. A fojas 1234, copia de documento titulado "Propuestas para Mejorar el Sistema de Protección de los Derechos de los Consumidores", elaborado por Conadecus. y obtenido da su página web, con citación. Guardado en custodia bajo el N° 7727-2015.



10.- A fojas 1234, copia de resolución dictada por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia con fecha 12 de noviembre de 2015 en la causa caratulada "Requerimiento de la FNE contra CMPC Tissue SA y Otra", Rol N° 299-15, con citación . Guardado en custodia bajo el N° 7727-2015.

11.- A fojas 1234, publicación de prensa del Diario Financiero Online, de fecha 12 de noviembre de 2015, sobre el hecho consignado en el punto anterior, con citación. Guardado en custodia bajo el N° 7727-2015.

12.- A fojas 1237, informe en Derecho elaborado por el abogado y profesor de Derecho Civil don Víctor Vial Del Río, con citación. Guardado en custodia bajo el N° 7726-2015.

13.- A fojas 2443, traducción al español de exhorto internacional tramitado ante la Excm. Corte Suprema bajo el Rol N° 28.868-2015, bajo apercibimiento del artículo 347 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, cuyo informe pericial fue evacuado y acompañado por la perito traductor Victoria Zúñiga Fernández a fojas 2740, el cual se tuvo por evacuado a fojas 2759.

14.- Sentencia definitiva en la causa caratulada "Servicio Nacional del Consumidor con Agrícola Agrosuper S.A. y otros", Rol N° 28.470-2015 del 29° Juzgado Civil de Santiago, rechazando en todas sus partes, por improcedente, la demanda del Sernac.

B.- Prueba Testimonial:

1.- A fojas 1509 y 1516, la parte demandada Salcobrand S.A. hizo comparecer a estrados a don Felipe Arturo Givovich Díaz, ingeniero comercial, domiciliado en Isidora Goyenechea N°3000 oficina 1301, de la comuna de Las Condes, Región Metropolitana; y a don Andrés Ferrer Del Valle, Ingeniero Civil, domiciliado en calle Cerro Franciscano N°1210, de la comuna de Las Condes, Región Metropolitana; testigos que, a la hora señalada y legalmente juramentados, declaran al tenor del punto de prueba número dos de los fijados en el auto de prueba de fojas 879, modificado a fojas 1161 y a fojas 1181.

Exhibidos al testigo don Andrés Ferrer Del Valle los documentos denominados "Expert Report National Consumer Protection Service v. Farmacias Cruz Verde S.A. et al.", acompañado a fojas 1233 y guardado en custodia bajo el N°7725-2015, y las 206 fichas de medicamentos acompañadas a fojas 1234 y guardadas en custodia bajo el N°7727-2015, a fin de que los reconozca y diga por qué razón, declara reconocerlos por haber participado en la extracción de los datos que se utilizaron para elaborar el informe y las fichas.

2.- A fojas 1524, la demandada Salcobrand S.A hace comparecer a estrados a don Cristián Eduardo Lozano Comparini, abogado, domiciliado en avenida El



Bosque Sur N°130 piso 15, de la comuna de Las Condes, Región Metropolitana, quien con la venia del Tribunal, y con la asistencia de los apoderados de la parte demandante, don Luis Álvarez Estay; de la demandada Cruz Verde S.A., don Freddy Ramírez León; de la demandada Farmacias Ahumada S.A., don Sebastián Zamora Iturra; y de la demandada Salcobrand S.A., don Juan Sebastián Valdés Rojas, a la hora señalada y legalmente juramentado, declara al tenor de los puntos de prueba número uno y dos de los fijados en el auto de prueba de fojas 879, modificado a fojas 1161 y a fojas 1181.

3.- A fojas 1528, la demandada Salcobrand S.A. hace comparecer a estrados a don Stephan Alexis Jarpa Cuadra, químico farmacéutico, domiciliado en avenida Apoquindo N°3600 piso 5, de la comuna de Las Condes, Región Metropolitana, quien con la venia del Tribunal, y con la asistencia de los apoderados de la parte demandante, don Luis Álvarez Estay; de la demandada Cruz Verde S.A., don Freddy Ramírez León; de la demandada Farmacias Ahumada S.A., don Sebastián Zamora Iturra; y de la demandada Salcobrand S.A., don Juan Sebastián Valdés Rojas, a la hora señalada y legalmente juramentado, declara al tenor del punto de prueba número dos de los fijados en el auto de prueba de fojas 879, modificado a fojas 1161 y a fojas 1181.

Exhibido al testigo el documento denominado “Informe técnico sobre aspectos relacionados al mercado farmacéutico y sus principales características”, acompañado a fojas 1234 y guardado en custodia bajo el N°7727-2015, a fin de decir si lo reconoce, su firma, y su integridad y contenido, expresa reconocerlo, y corresponder su firma, estar completo y corresponder también su contenido.

4.- A fojas 2421, la demandada Salcobrand S.A. hizo comparecer a estrados, a través de declaración jurada notarial de 17 de agosto de 2016, suscrita ante la notario público del Condado de San Francisco, California, Eleanor Van Slyke, en virtud de exhorto internacional Rol 28.868-2015 tramitado ante la Excma. Corte Suprema, a Justin McCrary, economista, domiciliado en Two Embarcadero Center, 20th floor, San Francisco, California, Código Postal 94111-3922, Estados Unidos de América, que con fecha 17 de agosto de 2016 declaró al tenor de las tres preguntas contenidas en la “ejecución de carta rogatoria”, elaboradas a su vez al tenor del punto de prueba número dos de los fijados en el auto de prueba de fojas 879, modificado a fojas 1161 y fojas 1181. Dichas preguntas le fueron remitidas por Robin M. Wall, fiscal adjunto de los Estados Unidos de la Fiscalía Federal para el distrito del norte de California, en cumplimiento del exhorto internacional ya señalado.

Interrogado acerca de la confirmación y ratificación del informe pericial presentado en el proceso judicial por Salcobrand S.A. a fojas 1233, responde que Salcobrand



le solicitó evaluar la reclamación por daños y perjuicios que realizó Sernac en la demanda de acción colectiva interpuesta en contra de los demandados, la que se encuentra dentro del informe pericial que elaboró y entiende fue presentado por Salcobrand ante el 10° Juzgado Civil de Santiago, confirmando y ratificando como propio el informe que le fue presentado y enviado por el Fiscal Adjunto de los Estados Unidos Mr. Robin M. Wall de la Fiscalía Federal para el distrito del norte de California.

VIGÉSIMO TERCERO: A su vez, la demandada Farmacias Ahumada S.A., ofreció y rindió durante el transcurso del juicio los siguientes medios de prueba, a efectos de establecer los basamentos fácticos de su pretensión:

A.- Prueba documental:

1.- A fojas 1238, documento electrónico en formato pendrive, que contiene vídeo de entrevista realizada por CNN Chile al Director de Sernac don Ernesto Muñoz, con fecha 2 de noviembre de 2015, a propósito del caso de colusión de las empresas CMPC y SCVA del papel tissue, percibido en audiencia llevada a efecto a fojas 1734, con fecha 6 de mayo de 2016. Guardado en custodia bajo el N°7724-2015.

2.- A fojas 1238, transcripción textual de la entrevista contenida en el documento electrónico singularizado en el numeral anterior, con citación. Guardado en custodia bajo el N°7724-2015.

3.- A fojas 1241, copia simple de expediente seguido ante el 1° Juzgado Civil de Santiago, caratulado Servicio Nacional del Consumidor con Farmacias Ahumada S.A., Rol N° 37607-2009, con citación. Guardado en custodia bajo el N° 7731-2015.

4.- A fojas 1241, copia del Plan denominado "Mecanismo de Reembolso y compensación de Farmacias Ahumada", de fecha 16 de abril de 2009, protocolizado con fecha 17 de abril de 2009 en la Notaría de don José Musalem Saffie, con citación. Guardado en custodia bajo el N°7731-2015.

5.- A fojas 1241, copia de las "Bases Beneficio letra g) del punto 3 del Mecanismo de Reembolso y compensación de Farmacias Ahumada a Consumidores", protocolizada con fecha 26 de Junio de 2009 en la Notaría de don José Musalem Saffie, con citación. Guardado en custodia bajo el N°7731-2015.

6.- A fojas 1241, copia de la "Modificación Bases Beneficio letra g) del punto 3 del Mecanismo de Reembolso y compensación de Farmacias Ahumada a Consumidores", protocolizada con fecha 07 de agosto de 2009 en la Notaría de don José Musalem Saffie, con citación. Guardado en custodia bajo el N°7731-2015.



7.- A fojas 1241, copia de la "Modificación Bases Beneficio letra g) del punto 3 del Mecanismo de Reembolso y compensación de Farmacias Ahumada a Consumidores", protocolizada con fecha 25 de septiembre de 2009 en la Notaría de don José Musalem Saffie, con citación. Guardado en custodia bajo el N°7731-2015.

8.- A fojas 1241, informe denominado "Ejecución de Procedimientos Farmacias Ahumada S.A." elaborado por la consultora Ernst and Young, sobre cumplimiento del Plan de Compensación en el período comprendido entre el 20 de abril y el 20 de mayo de 2009, con citación. Guardado en custodia bajo el N°7731-2015.

9.- A fojas 1241, informe denominado "Ejecución de Procedimientos Farmacias Ahumada S.A." elaborado por la consultora Ernst and Young, sobre cumplimiento del Plan de Compensación en el período comprendido entre el 21 de mayo y el 20 de junio de 2009, con citación. Guardado en custodia bajo el N°7731-2015.

10.- A fojas 1241, informe denominado "Ejecución de Procedimientos Farmacias Ahumada S.A." elaborado por la consultora Ernst and Young, sobre cumplimiento del Plan de Compensación en el período comprendido entre el 21 de junio y el 20 de septiembre de 2009, con citación. Guardado en custodia bajo el N°7731-2015.

11.- A fojas 1241, informe denominado "Informe sobre plan de reembolsos y compensaciones Farmacias Ahumada" de fecha 01 de octubre de 2011, elaborado por Sernac, en el que acota a un monto máximo la responsabilidad de FASA, con citación. Guardado en custodia bajo el N°7731-2015.

12.- A fojas 1241, respuesta de la consultora Ernst & Young de fecha 15 de junio de 2012 dada en el juicio entre SERNAC y FASA, a la solicitud del tribunal, para informar acerca del cumplimiento de FASA en su obligación de compensar a los posibles consumidores afectados, con citación. Guardado en custodia bajo el N°7731-2015.

13.- A fojas 1252, copia simple del requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en contra de FASA y las otras cadenas farmacéuticas en el mes de diciembre de 2008, con citación. Guardado en custodia bajo el N°7731-2015.

14.- A fojas 1252, copia simple del Acuerdo Conciliatorio celebrado entre la Fiscalía Nacional Económica y FASA, de fecha 01 de abril de 2009, con citación. Guardado en custodia bajo el N°7732-2015.

15.- A fojas 1252, copia simple de la resolución de fecha 13 de abril de 2009 dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en la cual aprobó el Acuerdo Conciliatorio mencionado en el numeral anterior, con citación. Guardado en custodia bajo el N°7732-2015.



16.- A fojas 1252, copia simple de recurso de reclamación de fecha (sic) interpuesto por Cruz Verde ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia contra la resolución que aprobó el Acuerdo Conciliatorio, con citación. Guardado en custodia bajo el N°7732-2015.

17.- A fojas 1252, copia simple de recurso de reclamación interpuesto por Jaime Mulet con fecha 24 de abril de 2009 ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, contra la resolución que aprobó el Acuerdo Conciliatorio, con citación. Guardado en custodia bajo el N°7732-2015.

18.- A fojas 1252, copia simple de la resolución de fecha 31 de agosto de 2009 dictada por la Excma. Corte Suprema, en la cual confirma la aprobación del Acuerdo Conciliatorio, con citación. Guardado en custodia bajo el N°7732-2015.

19.- A fojas 1252, copia simple de sentencia dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia con fecha 31 de enero de 2012 condenando solamente a Cruz Verde y Salcobrand, declarando que éstas se coludieron para alzar los precios de al menos 206 medicamentos en el período comprendido entre diciembre de 2007 y marzo de 2008, y condenándolas al pago de una multa a beneficio fiscal de 20.000 UTM cada una, con citación. Guardado en custodia bajo el N°7732-2015.

20.- A fojas 1252, copia simple de sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 7 de septiembre de 2012, que confirma la sentencia dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia referida en el numeral anterior, con citación. Guardado en custodia bajo el N°7732-2015.

21.- A fojas 1252, copia simple de resolución dictada en sede de Libre Competencia, con fecha 17 de Junio de 2009, solicitando que FASA exhiba documentos, en calidad de tercero en el procedimiento ventilado en contra de Salcobrand y Cruz Verde, con citación. Guardado en custodia bajo el N°7732-2015.

22.- A fojas 1259, copia de Resolución Exenta N° 1881, de 28 de diciembre de 2012, que delega atribuciones y facultades que indica en la jefatura de la división jurídica del Servicio Nacional del Consumidor, con citación. Guardado en custodia bajo el N° 7729-2015

23.- A fojas 1259, copia de Resolución Exenta N°366, de 22 de marzo de 2013, que amplía la delegación realizada mediante la resolución exenta N°1881, con citación. Guardado en custodia bajo el N° 7729-2015.

24.- A fojas 1259, copia de dictamen de la Contraloría General de la República N°64.142, de 29 de diciembre de 2004, dirigido al Director (S) del Servicio de Salud Metropolitano Oriente, resolviendo que un delegante no puede ejercer la



competencia delegada sin revocar previamente la delegación, con citación. Guardado en custodia bajo el N° 7729-2015.

25.- A fojas 1259, copia de dictamen de la Contraloría General de la República N° 21.046 de 3 de mayo de 2008, dirigido a la Directora del Servicio de Salud Metropolitano Oriente, resolviendo que un delegante no puede ejercer la competencia delegada sin que previamente se revoque la delegación, con citación. Guardado en custodia bajo el N° 7729-2015.

26.- A fojas 1259, copia de dictamen de la Contraloría General de la República N° 9306, de 14 de febrero de 2011, dirigido al Director Regional Metropolitana (sic) Junta Nacional de Jardines Infantiles, ratificando el criterio de los pronunciamientos anteriores, con citación. Guardado en custodia bajo el N° 7.729-2015.

27.- A fojas 1259, copia de dictámenes de la Contraloría General de la República N° 17.790, de 21 de Junio de 1990; N° 39.447, de 17 de noviembre de 1994; y N° 43.124, de 14 de diciembre de 1980, todos confirmando el criterio mencionado, con citación. Guardado en custodia bajo el N° 7729-2015.

28.- A fojas 1259, copia de fallo dictado por la Excma. Corte Suprema de fecha 13 de octubre de 2010, en causa Rol N° 6.039-2010, sobre la necesidad de revocar la delegación para que el delegante recupere las facultades delegadas, con citación. Guardado en custodia bajo el N° 7729-2015.

29.- A fojas 1259, copia de sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 20 de marzo de 2007, dictada en los autos Rol N° 596-2005, con citación. Guardado en custodia bajo el N° 7.729-2015.

30.- A fojas 1259, copia de demanda colectiva presentada por el Sernac en contra de Feria Ticket S.A. ante el 13° Juzgado Civil de Santiago, Rol N°9870-2013, de fecha 7 de julio de 2013 en la cual comparece ejerciendo la representación Judicial del Sernac la Jefa de la división jurídica, doña Carolina Norambuena, con citación. Guardado en custodia bajo el N° 7.729-2015.

31.- A fojas 1268, diez certificaciones de fecha 02 de noviembre de 2015, realizadas por el Notario público de la ciudad de Santiago, don Patricio Zaldívar Mackenna, en las que constan diversas publicaciones en formato de página web, referentes a que Sernac habría oficiado a CMPC ante la denuncia existente en su contra por colusión con SCA, de fecha 02 de noviembre de 2015, realizadas en las páginas web www.economiaynegocios.cl, www.radioagricultura.cl, impresa.lasegunda.com, www.emol.com, www.24horas.cl, cnnchile.com, www.infinita.cl, www.elmostrador.cl, www.latercera.com, y www.theclinic.cl, con citación. Guardadas en custodia bajo el N°7728-2015.



32.- A fojas 1268, tres publicaciones, del diario La Segunda de 2 de noviembre de 2015; del Cuerpo B, "Economía y negocios" del diario El Mercurio, de fecha 3 de noviembre de 2015, y del diario La Tercera de 3 de noviembre de 2015, con citación. Guardadas en custodia bajo el N°7728-2015.

33.- A fojas 1273, informe en derecho elaborado por los profesores Sres. Juan Francisco Colombo Campbell y Enrique Navarro Beltrán titulado "Acerca de la procedencia de un título fundante que autorice a demandar a farmacias ahumada S.A. de acuerdo a lo previsto en el artículo 30 del DL 211, por serle inoponible la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia", con citación. Guardado en custodia bajo el N°7730-2015.

34.- A fojas 1273, copia simple de fallo de fecha 8 de noviembre de 2011 dictado por la Il. Corte de Apelaciones de Santiago en juicio caratulado "Philip Morris Chile con Empresas CCT S.A., N° de Ingreso 1520-2010 de la Secretaría Civil, con citación. Guardado en custodia bajo el N°7730-2015, con citación. Guardado en custodia bajo el N°7730-2015.

35.- A fojas 1766, copia del fallo dictado por la Il. Corte de Apelaciones de Santiago en causa Rol N°6320-2016, declarando inadmisibile una demanda colectiva interpuesta por Sernac al amparo del artículo 30 del DL 211, con citación.

B.- Prueba testimonial:

A fojas 1455 y 1456, la parte demandada Farmacias Ahumada S.A. hizo comparecer a estrados a don Juan Colombo Campbell, abogado, domiciliado en calle Agustinas N°785 piso 10 de la comuna de Santiago, Región Metropolitana; y a don Enrique Navarro Beltrán, abogado, domiciliado en calle Don Carlos N°3171 "A", de la comuna de Las Condes, Región Metropolitana; testigos que, a la hora señalada y legalmente juramentados, declaran al tenor del auto de prueba de fojas 879, modificado a fojas 1161 y a fojas 1181.

Exhibido al testigo sr. Colombo el documento denominado "Informe en Derecho proceso de la Farmacia ante el TLC y Conciliación", acompañado a fojas 1273 y guardado en custodia bajo el N°7730-2015, para efectos de reconocer su contenido y firma, declara reconocer el documento que se le exhibe, así como la firma estampada en él. Exhibido el mismo documento al testigo sr. Navarro, a los mismos efectos, declara reconocer su contenido, conclusiones y asimismo la firma estampada en él.

EN CUANTO A LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA ABSOLUTA DEL TRIBUNAL OPUESTA POR CRUZ VERDE A FOJAS 660.

VIGÉSIMO CUARTO: Que la excepción opuesta se basa en que en aquellos casos en que la ley no entrega en términos expresos al conocimiento del Juez que conoce del asunto la materia sometida a su decisión, ese Tribunal es



incompetente en términos absolutos, cuestión que precisamente sucedería en la especie, toda vez que el Sernac habría deducido la presente demanda ejerciendo la acción del artículo 30 del D.L. 211, que comprendería única y exclusivamente una indemnización de perjuicios derivada de una infracción a la Ley de Defensa de la Libre Competencia y, referida únicamente a intereses individuales y no a intereses colectivos ni difusos.

Plantea la demandada Cruz Verde S.A. que por expresa regulación legal, la acción de indemnización de perjuicios deriva o emana de una infracción al mismo DL 211, de modo que el resarcimiento solo puede tener lugar en virtud de un ilícito anticompetitivo, de los establecidos en el artículo 3 de la misma norma citada.

Postulan que ni la fuente jurídica, ni el objeto de la acción interpuesta, ni su causa de pedir, corresponden a la materia por la cual se debió ejercer la acción de los legitimados activos que prevé la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, y en la especie, el objeto de la litis relacionado con el elemento de la competencia denominado materia se encontraría determinado con el ejercicio de la acción del artículo 30 del DL 211, lo que a su parecer demostraría que este Tribunal sería incompetente absolutamente para conocer de la demanda promovida, debido a que no sería el caso o la materia de autos uno regulado por la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores.

Abonan adicionalmente su argumentación señalando que la acción del artículo 30 del DL 211 comprende única y exclusivamente intereses individuales, y no puede ejercerse respecto de Intereses Colectivos, sean aquellos Colectivos propiamente tales o aquellos definidos como difusos por el legislador en materia del consumidor en el artículo 50 de la ley respectiva. Esa exigencia en razón de la materia no puede subsanarse por el hecho que el Sernac diga que ejerce la acción en defensa de un interés colectivo o difuso, porque el examen de la competencia debe atender a la materia de la litis, que responde al objeto de la acción y su respectiva causa de pedir, pues de lo contrario se estaría abriendo la puerta a que el propio Sernac fuera quien arbitrariamente definiera la competencia de un Tribunal, a través de su propia declaración de accionar en defensa del interés colectivo o difuso de los consumidores.

En base a lo anterior, afirman que no puede entenderse de interés Colectivo o de interés difuso la acción del artículo 30 del D.L. 211, en los términos del artículo 50 de la LPC, cuando su objeto es indemnizar perjuicios que tienen por fuente jurídica de esa obligación una infracción a la Ley de Defensa de la Libre Competencia, así como tampoco puede entenderse de interés colectivo o difuso la acción del artículo 30 del D.L. 211, en los términos del artículo 50 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, cuando su causa de pedir es un hecho



constitutivo, tipificado y sancionado específicamente en el artículo 3 del D.L. 211 sobre defensa de la Libre Competencia. Así, al tener su fuente la obligación de indemnizar perjuicios en una infracción concreta y tipificada en la Ley de la Libre Competencia, sería claro que tanto el objeto de esa acción como su causa de pedir no están basados en un interés colectivo o difuso de los que regula la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, sino en el bien Jurídico libre competencia, que protege al mercado o a los agente económicos en el mercado.

Agregan que aun cuando se supusiera que el artículo 30 del DL 211 permitiera que los consumidores reclamaran los perjuicios que la infracción a la libre competencia pudiera haberles provocado, la competencia sería de los juzgados de Policía Local, quienes tiene la competencia exclusiva relacionada con la defensa de los intereses individuales, según el artículo 50 A inciso 1° de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, de la que se excluyen solamente los casos del inciso 2° de la misma disposición legal, que tampoco serían los intereses involucrados en la acción ejercida en autos, dado el carácter individual que los intereses a que se refiere la acción del artículo 30 del D.L. 211 tendrían.

Justifican el carácter individual de los intereses recién mencionados en el hecho de que la obligación a que da derecho esa disposición legal tendría su fuente legal en una infracción al propio DL 211 y no en la misma Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, como lo regula y exige expresamente el mismo artículo 50 de dicha norma, referido a los intereses Colectivos y Difusos, al señalar que “el incumplimiento de las normas contenidas en la presente ley dará lugar a las acciones destinadas a sancionar al proveedor (...)”

En base a lo antes señalado, ante la inexistencia de intereses colectivos y difusos que defender, al supuesto afectado solo le quedarían dos vías, a saber: i) Ejercer la acción indemnizatoria del artículo 30 del D.L. 211, cuya fuente de la obligación es una infracción a esa misma Ley de Defensa de la Competencia, conforme con el procedimiento del juicio sumario que ahí se dispone; o ii) Ejercer acción infraccional al amparo de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, en su calidad de consumidor, y además demandar perjuicios, pero ante la Justicia de Policía Local, dueña en ese caso de la competencia exclusiva.

Solicitan se acoja la excepción, declarando que el tribunal no es competente para conocer de la demanda de autos, en razón de la materia o en los términos que estime procedente acogerla.



VIGÉSIMO QUINTO: Que del examen de los antecedentes que obran en autos, se desprende que la acción incoada busca determinar a los grupos y subgrupos consumidores que fueron afectados por las demandadas y se declare la procedencia de los montos de las indemnizaciones o reparaciones a favor del grupo o subgrupo conforme a lo dispuesto en los artículos 52 N° 2, 53 A y 53 C letra c) de la ley de Protección al Consumidor.

Que la acción incoada por el Sernac, consistente en una acción en defensa del interés difuso y colectivo de los consumidores debe ser sustanciada conforme el único procedimiento de porrección a los intereses supraindividuales de los consumidores, contenido en los artículos 50 y siguientes de la ley 19.496 que encomienda este procedimiento a los Tribunales ordinarios de justicia, de acuerdo a las reglas generales, debe entenderse entonces, que la justicia ordinaria civil es competente para conocer de dicha acción, de conformidad a las reglas generales, por lo que será desestimada la excepción de incompetencia absoluta.

VIGÉSIMO SEXTO: Que a mayor abundamiento, cabe tener presente que una de las ideas fundamentales en materia de responsabilidad civil, consiste en que la dificultad para indemnizar o reparar individualmente a cada uno de los consumidores afectados no debe impedir el resarcimiento de los daños que hayan padecido a consecuencia de un ilícito como la colusión, en virtud del principio de reparación integral del daño, por lo que la alegación en este punto de Cruz Verde, pretendiendo que los consumidores afectados deberían demandar individualmente para efectos de lograr una reparación, atenta contra las normas reguladoras y basales de la responsabilidad civil como ha sido reconocido por diversas sentencias nacionales desde el año 1920 (Diez. 2012, pp 159 y siguientes).

EN CUANTO A LA EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA OPUESTA POR CRUZ VERDE Y FASA.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Cruz Verde S.A opone en subsidio de la excepción de incompetencia absoluta, la excepción de litispendencia argumentando que por los debidos emplazamientos a su parte, por pesquisa en el sistema de búsqueda de causas o por difusión de los medios de comunicación, se habría precisado la existencia de al menos ocho procesos judiciales promovidos respecto de los mismos hechos materia de la presente causa, los que identifica como los siguientes: “Gustavo Hasbún Selume y otros con Farmacias”, Rol C-5.840-2009, ante el 29° Juzgado Civil de Santiago; “Arévalo con Farmacia Ahumada”, Rol C-6.045-2009, ante el 11° Juzgado Civil de Santiago; “Asociación de consumidores



con Farmacias Ahumada S.A.", Rol C-6.452-2009, ante el 28° Juzgado Civil de Santiago; "Asociación de Consumidores de Tarapacá (ASOCOT) con Farmacias Cruz Verde S.A. y otras", Rol C-427-2009, ante el 3° Juzgado de letras de Arica; "Sernac con Farmacias Ahumada S.A.", Rol C-37.607-2009, ante el 1° Juzgado Civil de Santiago; "Organización de Consumidores con Farmacias Ahumada S.A.", Rol C-10.351-2013, ante el 25° Juzgado Civil de Santiago; y "Asociación Regional con Farmacias Ahumada S.A.", Rol C-8.542-2013, ante el 1° Juzgado Civil de Concepción.

Señalan que el tenor y texto de las citadas demandas y la presentada ante este Tribunal son similares entre sí, en cuanto se basarían en los mismos hechos, sin ninguna diferencia entre ellas a ese respecto, de modo que del análisis de los libelos presentados en dichos procesos se advertirá que en la especie se cumplen todos y cada uno de los requisitos establecidos por la ley para acoger la presente excepción dilatoria, esto es que exista un juicio pendiente (en este caso, una pluralidad de ellos), identidad legal de partes (en todos los procesos referidos se ha invocado por los actores, el representar un interés Colectivo y/o Difuso de los consumidores, y en la mayoría de ellos se entre cruzarían los mismo sujetos pasivos de este proceso); identidad de cosa pedida (el objeto de todas las acciones singularizadas es el mismo, con excepción de la deducida por Sernac contra Farmacias Ahumada S.A. por un eventual incumplimiento del Plan de Compensación); identidad de objeto pedido (que es el beneficio jurídico perseguido en el juicio, cual es que se condene a las demandadas al pago de indemnización por los supuestos perjuicios sufridos por los consumidores con ocasión del llamado "Caso Farmacias"); e identidad de causa de pedir (requisito referido a las razones o motivos, hechos o fundamentos que inducen a reclamar un derecho, que en todos los juicios señalados está constituido por la presunta infracción cometida por los demandados verificada en los supuestos ilícitos anticompetitivos que habrían cometido las demandadas en los hechos vinculados al "Caso Farmacias")

Sostienen que en la especie existe una absoluta identidad entre todos o alguno de estos procesos, cumpliéndose así el requisito de triple identidad que exige la ley para hacer admisible la excepción interpuesta, de manera que Sernac estaría impedido de presentar una nueva demanda en contra de su representada.

VIGÉSIMO OCTAVO: Para que proceda la litispendencia, se deben reunir al efecto los requisitos que exige el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, estos son: 1) identidad legal de personas, 2) identidad de la cosa pedida, y 3)



identidad de la causa de pedir; sumado además, que el litigio se encuentre pendiente.

Resulta necesario para acoger la excepción en comento que concurren copulativamente los requisitos antes mencionados. En cambio, para desecharla basta que una de las identidades exigidas por la ley no ocurra.

VIGÉSIMO NOVENO: Que el referido análisis de los requisitos señalados no pudo ser llevado a efecto en esta etapa, toda vez que no consta en autos que se haya aparejado antecedentes de los procesos pendientes en virtud de los cuales se configuraría la litispendencia, por lo que siendo causas de tramitación material (causas de papel) tampoco fueron solicitadas ser traídas a la vista para efectos de comprobar la excepción opuesta, por lo que esta excepción será desestimada.

TRIGÉSIMO: Por su parte FASA opone excepción de Litispendencia por conexidad, la cual se configura cuando, aun no concurriendo la triple identidad entre ellos, un primer proceso se encuentra vinculado con un segundo en términos tales que la sentencia que haya de pronunciarse en un juicio deba producir la excepción de cosa juzgada en otro.

Afirman que la justificación de tal excepción encontraría su justificación en la íntima e indisoluble conexión existente entre la presente causa y la iniciada por el Sernac ante el 1° Juzgado Civil de Santiago bajo el rol N°37.607-2009. Así, en cuanto a la identidad de partes, ella sería clara pues en ambos juicios ha comparecido el Sernac deduciendo acción colectiva en contra de FASA; en cuanto a la identidad del objeto pedido, en ambos juicios el Sernac busca que los consumidores que eventualmente se puedan haber visto afectados por los hechos materia del Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica sean reparados; finalmente, sobre la causa de pedir, manifiestan que Sernac invoca en autos, como causa de pedir, la exigida por el artículo 30 del DL 211 (la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el 31 de enero de 2012 y confirmada por la Excma. Corte Suprema el día 7 de septiembre del mismo año), en tanto en el juicio seguido ante el 1° Juzgado Civil de Santiago, apoya su acción un supuesto incumplimiento por parte de FASA al Plan de Compensación, citando y transcribiendo algunos pasajes de esta última demanda a fin de ilustrar su aserto, los que pondrían en evidencia la íntima conexión existente entre ambos procesos, de modo que de no prosperar ninguna de las defensas y excepciones opuestas, el Tribunal debería de acoger la excepción de litispendencia por conexidad intentada, dado que existirían dos procesos entre las mismas partes; en ambos procesos, tanto el SERNAC como FASA ocuparían la



misma posición jurídica, verificándose la identidad legal de partes; en ambos procesos, el Sernac pretendería la reparación de aquellos consumidores presuntamente afectados por los hechos que fueron materia del Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, de manera que el beneficio jurídico pretendido sería exactamente el mismo, con la única diferencia dada por la causa de pedir invocada por el SERNAC en ambos procesos, lo que no significa que ambas litis no estén íntimamente ligadas, según se desprende de los dichos del Sernac en la demanda deducida ante el 1° Juzgado Civil de Santiago; y que de no acogerse esta excepción de litispendencia por conexidad, quedaría FASA expuesta a la dictación de sentencias contradictorias o, incluso, a una doble condena, lo que vulneraría principios fundamentales del ordenamiento procesal como la inavocabilidad, la economía procesal, la radicación y la prevención.

Especifican a continuación cuáles serían los efectos de acogerse la litispendencia por conexidad, citando al efecto fallo de la Excma. Corte Suprema de 22 de agosto de 2002, N° de Ingreso 993-2002, la cual expresa que en los casos no de identidad sino que de conexión de litis, se producirá la acumulación de autos en la forma prevista y reglamentada en los artículos 92 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y los dos juicios se sustanciarán conjuntamente y terminaran en virtud de una misma y única sentencia. Por lo mismo, estiman que, a fin de precaver la infracción a los principios procesales señalados y la posibilidad de que FASA sufra una doble condena por los mismos hechos, el Tribunal debería ordenar la acumulación de ambos juicios, al menos respecto de su representada FASA.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que tampoco FASA acompaña al proceso antecedente alguno que permita acreditar la procedencia de su excepción, por lo que ésta también será rechazada.

Que no es efectivo que exista riesgo de pronunciamiento de sentencias contradictorias, por cuanto la

EN CUANTO A LAS EXCEPCIONES DE FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL SERNAC OPUESTA POR CRUZ VERDE Y FASA.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Cruz Verde funda la excepción en el hecho de que la acción intentada en autos por el actor correspondería a derechos subjetivos individuales y no a derechos supraindividuales como son los que representan los Intereses Colectivos y Difusos, los cuales al no existir harían imposible conceder la pretensión demandada, tal y como fue solicitado por el actor.



Afirman que el Sernac ha acudido erróneamente al procedimiento colectivo para demandar una indemnización de perjuicios en favor de los consumidores, por cuanto el fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no aprovecha a los consumidores.

Explican que se distinguen tres clases de intereses que admiten tutela colectiva: los difusos, los colectivos y los individuales homogéneos, los cuales tienen en la legislación chilena un modelo restringido de protección, plasmado en el artículo 50 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, al disponer que el ejercicio de las acciones puede realizarse a título individual o en beneficio del interés colectivo o difuso de los consumidores, siendo las primeras aquellas promovidas exclusivamente en defensa de los derechos del consumidor afectado, las segundas las que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor con un vínculo contractual, y las terceras aquellas que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos.

Abundan señalando que lo afirmado es ratificado no solo por el efecto relativo de las sentencias estatuido por el artículo 3 del Código Civil, sino porque la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores no contempla ninguna disposición que autorice al SERNAC a ejercer una acción colectiva en base a un fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, como sucede en la especie. La historia del establecimiento del artículo 30 del DL 211 establecería con claridad que se excluiría del alcance de esta disposición toda implicación o relación con los consumidores y con el bien jurídico protección del consumidor.

Recuerdan que el artículo señalado fue introducido por la Ley N°19.911, en cuyo mensaje no figuraba, sino que habría sido producto de una indicación en su segundo trámite legislativo en la Cámara de Diputados. En las sesiones de trabajo de las Comisiones de Constitución y Economía unidas, los profesores Tomás Menchaca y Domingo Valdés se habrían manifestado contrarios a reconocer un efecto vinculante de las sentencias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Citan asimismo la intervención del Senador Burgos en la discusión en sala de la respectiva indicación, la cual “recoge una cuestión muy central: que la persona que se sienta perjudicada -un empresario mediano, grande, pequeño; un ciudadano común y corriente, o un grupo de ciudadanos- en su derecho de tener libre competencia, de una competencia leal, podrá recurrir, no solo para la sanción establecida en esta ley, sino, además, a partir de una sentencia favorable, ejercer las sanciones indemnizatorias, lo que, a mi juicio, cierra el círculo de la protección de la libre competencia”.



Deducen de lo expuesto que en la mente del legislador jamás estuvo presente dotar al consumidor de acción resarcitoria fundada en una infracción a la libre competencia, pues el interés del consumidor -o el bien jurídico consumo-está tutelado por la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores y no por el DL 211, cuyo bien jurídico protegido es la libre competencia, y se trataría de intereses completamente distintos e independientes, sin que uno sea consecuencia del otro, que requerirían de fundamentaciones y probanzas distintas.

Por lo anterior, entienden que el Sernac no está representando intereses colectivos ni difusos, pues de existir derechos comprometidos en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, estos son subjetivos individuales, referidos al mercado o a competidores en el mismo mercado relevante en que haya tenido lugar la conducta sancionada, los que de conformidad al propio artículo 30 del DL 211, se deben demandar en juicio sumario por quienes pudieren sentirse afectados. De este modo, al hablar la norma analizada de “perjudicados”, significaría que el daño y el hecho del cual este emana, ya estaría radicado en una titularidad individual, razón por la que se exige que la sentencia se base en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecidos en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Lo argumentado se refrendaría con lectura del artículo 1 del DL 211, que define el ámbito objetivo de aplicación de este cuerpo legal como la promoción y defensa de la libre competencia en los mercados”, sin referencia alguna a la protección de los derechos de los consumidores, sea individual o colectivamente, cuestión que consideran lógica, al ser esa regulación materia específica de la ley del ramo.

Agregan ciertos antecedentes de la historia fidedigna de la ley, destinados a demostrar que el DL 211 no protegería a los consumidores, entre ellos el mensaje de la Ley N°19.911, modificatoria del D.L. 211, al cual ya se refirieron anteriormente; la intervención ante el Senado, durante el primer trámite legislativo, del Ministro de Economía de la época, don Jorge Rodríguez Grossi, quien expuso que el artículo 1 define el ámbito de aplicación y el bien jurídico protegido, para lo cual se deja constancia de que el objetivo de defender la libre competencia es necesario como un medio, no un fin en sí mismo; la argumentación del Senador Novoa durante la discusión en sala, por la que plantea como tema por discutir y clarificar la referencia al bienestar de los consumidores, pues existen una legislación y un marco regulatorio, que es precisamente la defensa de los derechos del consumidor, que tiene un ámbito de aplicación específico y distinto del de una ley de defensa de la libre competencia, señalando que “podría darse el caso de que alguien recurriera al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia



para defender, por ejemplo, bienes jurídicos amparados por la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores”.

Enfocan su atención a continuación en el artículo 30 del DL 211, el cual indicaría derechamente que la acción resarcitoria que contempla se somete a las reglas generales, alojadas en el Código de Procedimiento Civil y no en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, por lo que el procedimiento colectivo sería de aplicación restrictiva.

Manifiestan que el Sernac olvida que la acción del artículo 30 del DL 211 es una propia de responsabilidad extracontractual, lo que dejaría fuera de la misma toda relación de consumo, dado que la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores se sustenta sobre la base de una responsabilidad contractual, al exigir siempre como base relaciones de consumo contractuales o, al menos, una relación jurídica de consumo.

Indican que, al exigir el artículo 30 que las indemnizaciones de perjuicios que se persigan en su virtud solo pueden tener como fundamento el fallo del propio Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, ello quiere decir que no habría cabida para discusiones en torno a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, porque el fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no hace referencia a ella; y que si el Sernac funda su demanda en el citado artículo 30, como lo ha hecho, debería necesariamente -de ser procedente- perseguir la indemnización de perjuicios que demanda en base al fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia bajo los términos del propio DL 211 y no los de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores. Lo anterior demostraría la ya señalada limitación a la competencia del tribunal, por un lado, y por el otro, la inadecuación del procedimiento escogido por el Sernac para ventilar esta acción resarcitoria.

Fundan asimismo la excepción opuesta en los artículos 18 y 31 del DL 211, que reflejan que en los casos en que dicha norma quiso ampliar la legitimación activa, lo hizo a texto expreso y en situaciones muy acotadas, que no requerirían de lo que estima ser engorrosas interpretaciones y ligazones de normas, a las que ha recurrido el Sernac para justificar su legitimación activa en autos.

Plantean la importancia de asentar que de acuerdo con el principio de legalidad o juridicidad, establecido en los artículos 1, 5, 6 y 7 de la Constitución Política de la República y en el artículo 2 de la Ley N°18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, cualquier órgano público debe ajustar su proceder estrictamente a las normas jurídicas que lo regulen. Relacionan lo anterior con lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, que en su concepto establece la única competencia expresa del



Sernac, a la cual debe apegarse estrictamente todo su actuar, cual es la de velar por el cumplimiento de sus disposiciones y demás normas que digan relación con el consumidor –las que entienden como leyes especiales de consumo–, difundir los derechos y deberes del consumidor y realizar acciones de información y educación del consumidor. De ello desprenden que el Sernac, de cara a acciones en representación del interés colectivo y difuso de los consumidores, por mandato expreso del artículo 58 en referencia, estaría acotado a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores y a leyes de consumo, y sería contrario al principio de legalidad que el Sernac extienda sus actuaciones, incluidas las judiciales, a ámbitos distintos de los que expresamente le reconoce su ley base. Por ello, sólo podría interponer acciones por intereses colectivos y difusos referidos a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores y/o leyes especiales de consumo, pero nunca al DL 211, ni menos basadas en un fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Refutan los argumentos de eficiencia y economía procesal esgrimidos por el Sernac para justificar su legitimación activa basados precisamente en los artículos 1, 6 y 7 de la Constitución Política de la Republica (CPR) y el artículo 2 de la Ley N°18.575 en relación con los artículos 51, 52 y 58 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, fundamentos del principio de legalidad que debe regir el actuar del Sernac en cuanto órgano público. Una segunda base la darían los artículos 19 al 24 del Código Civil, pues en su opinión pues una interpretación objetiva y ceñida a los cánones de interpretación de la ley conduciría a concluir que el Sernac carece de atribuciones legales para presentar una demanda que escape a la órbita material u objetiva de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores o de una ley especial de consumo, lo que le impediría tener en el caso que nos ocupa la legitimación activa exigida por la letra a) del artículo 52 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores.

Extraen la misma conclusión del examen del artículo 2 bis de la LPC, también invocado por el Sernac para justificar su figuración como actor en esta causa, de cuya lectura consideran indesmentible que el Sernac no puede prevalerse de un fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para conferirse legitimación activa en representación de los intereses colectivos o difusos de los consumidores, porque el D.L. 211 no da cuenta de derechos de los consumidores, argumento que basan en el inciso 1 del citado artículo 2bis, del cual quedaría de manifiesto que él solo tiene aplicación en asuntos regulados por leyes especiales, subsidiariamente y solo para los casos previstos en sus tres literales.



Partiendo de la argumentación anterior discurren si el D.L. 211, cuya vinculación con el artículo 2 bis de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores habilitaría al actor para presentar esta demanda en representación de los intereses de los consumidores es o no una ley especial, cuestión que cuya respuesta sería, fuera de toda duda, negativa; se trataría de una ley general, pues regula en forma general y abstracta el mercado, entendiendo por tal todos los mercados o, si se quiere, el mercado considerado globalmente, sin regular uno en específico. Ello impediría que el DL 211 pueda ser considerado como una de las leyes especiales que regulan las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios a las que alude el artículo 2 bis de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores.

Manifiestan la pertinencia de traer a colación los numerosos proyectos de ley que a partir del denominado Caso Farmacias pretenden dar un efecto pro-consumidores a las sentencias condenatorias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, lo que interpretado *a contrario sensu*, ratifica la base de la excepción opuesta: las sentencias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no aprovechan a los consumidores, por lo que el Sernac carecería de legitimación activa en este caso.

Enumeran como los proyectos más decidores en cuanto a este punto los siguientes:

- 1.- Boletín N°8092-03, proyecto de ley que modifica la Ley N°19.496, del 15 de Diciembre de 2011, presentado con el objeto de permitir que los consumidores puedan invocar las sentencias dictadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, cuando ellas declaren la existencia de ilícitos en que aquellos puedan fundar pretensiones civiles contra sus proveedores.
- 2.- Boletín N°6461-03, proyecto de ley que modifica la ley N°19.496 del 14 de Abril de 2009, proponiendo hacer aplicables las acciones colectivas y difusas, a las conductas contrarias a la libre competencia que perjudiquen a los consumidores.
- 3.- Boletín N°6461-03, proyecto de ley que modifica la Ley N°19.496, del 14 de Abril de 2009, proponiendo hacer aplicable las acciones colectivas y difusas, a las conductas contrarias a la libre competencia que perjudique a los consumidores.
- 4.- Boletín N°6825-03, Proyecto de Ley que modifica la Ley N°19.496, del 20 de Enero de 2010, con el objeto de otorgar competencia a los Tribunales de Defensa de la Libre Competencia, para conocer de las acciones de interés colectivo o difuso.

Expresan que encontrándose el Sernac regido por el principio de legalidad de la administración, sólo puede realizar aquello que le está expresamente permitido



por la CPR o la Ley y ningún otro, cuestión reconocida en forma reiterada por la jurisprudencia administrativa, que ha señalado como uno de los vicios de competencia de los órganos públicos, el atribuirse competencias o potestades que no les han sido otorgadas por la ley.

Tras reiterar las ya vertidas argumentaciones en torno a la interpretación y alcance que dan a los artículos 58, 52 y 2 bis de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores y artículo 30 del DL 211, concluyen que tales disposiciones no confieren al SERNAC autoridad, facultad ni derecho para interponer una acción de clase por intereses colectivos y difusos con base en un fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, como acontece en autos, ello porque el Sernac, de cara al ejercicio de acciones en representación del interés colectivo y difuso de los consumidores, estaría acotado en su actuar a las atribuciones que la propia Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores le concede o que otras leyes de consumo le pudiesen conferir. Vale decir, Sernac solo podría interponer acciones por Intereses Colectivos y Difusos referidos a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores y/o leyes especiales de consumo, lo que en este caso no sucedería.

Siguiendo con su fundamentación de la excepción de falta de legitimación opuesta, profundizan en cuanto a que el Sernac carece del derecho que invoca para demandar, por cuanto presenta esta demanda invocando la representación legal que detenta de los consumidores, pero no ejerciendo una acción civil de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual, que sería la que le concede la ley en el artículo 50 inciso 1° de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, sino por responsabilidad extracontractual.

Argumentan que aun cuando ambas acciones son de indemnización de perjuicios, difieren en sus causas de pedir (al emanar de ilícitos distintos, uno de libre competencia y otro de consumo), y en sus titulares, remitiéndose a las alegaciones relativas a que la acción del artículo 30 del DL 211 no le corresponde al Sernac.

Añade a lo anterior que, de acuerdo con el principio de especialidad del artículo 13 del Código Civil, que la acción que detentan los consumidores es la de su propia ley, la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores en su artículo 50 inciso 2°, más aun si se considera que los derechos de los consumidores son de índole contractual y no extracontractual.

TRIGÉSIMO TERCERO: La misma excepción la opone FASA basándose en que si bien el artículo 51 N°1 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores dispone expresamente que el procedimiento especial por ella



establecido puede iniciarse por demanda presentada por el Sernac, ello no significaría que dicho servicio es siempre y a todo evento legitimado activo para interponer acciones como la de autos. Así, la sola circunstancia de ser el Sernac el demandante no sería suficiente para dar por establecida esa legitimidad. Justifican lo anterior en que el servicio demandante gozaría de ella únicamente en la medida que sea un legítimo contradictor para discutir sobre el objeto del proceso en una determinada relación procesal. Y el reconocimiento que la ley da al Sernac en cuanto a constituir un legitimado activo encuentra su límite y justificación en la creación de una relación procesal válida. Es decir, se le concede la titularidad de una acción a objeto de que su ejercicio de nacimiento a una relación válida dirigida contra legítimo contradictor, dentro de un proceso capaz de terminar con una decisión jurisdiccional que cause el efecto de cosa juzgada.

Agregan que, siendo el Sernac un servicio público sujeto a la supervigilancia del Presidente de la República, a través del Ministerio de Economía, en todas sus actuaciones -incluyendo la interposición de demandas- debe obrar con estricto apego a la Constitución Política de la República y las normas dictadas en su conformidad. Desde esa perspectiva, consideran que la demanda de autos se habría interpuesto con infracción a una serie de principios y disposiciones legales propias del Estado de Derecho, determinando la privación de la legitimidad que el Sernac se atribuye en su demanda, en cuanto sujeto activo de la relación jurídico-procesal trabada en autos.

TRIGÉSIMO CUARTO: Que lo que en el fondo se cuestiona o controvierte al oponer la excepción que se analiza, es que acción intentada en autos por el actor correspondería a derechos subjetivos individuales y no a derechos supraindividuales, los cuales al no existir harían imposible conceder la pretensión demandada, con lo cual no existiría interés colectivo o difuso afectado, presupuesto éste que debe concurrir para que el SERNAC pueda comparecer accionando en defensa de los consumidores afectados; argumentos que evidentemente dicen relación con el fondo de la controversia misma y no con la excepción opuesta; haciéndose presente, además, y en relación con la excepción en comento, que la titularidad del actor se encuentra justificada por el hecho de que al accionar señaló que lo hacía con motivo de la infracción que habrían incurrido las demandadas y en defensa del interés colectivo de los consumidores afectados; función ésta la cual le ha sido encomendada en forma expresa por el legislador; no obstante a tal aserto o conclusión, lo que pueda decidirse en cuanto a si concurren o no los presupuestos fácticos y jurídicos invocados en sustento de la demanda.



Que, a mayor abundamiento de lo anterior, cabe señalar que las funciones del SERNAC se encuentran establecidas en el artículo 58 de la ley ya citada, cuya letra g) dispone “*Velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con la protección de los derechos de los consumidores y hacerse parte en aquellas causas que comprometan los intereses generales de los consumidores.*”

Que, la función encomendada a dicho servicio público, a través de la norma citada tiene un carácter amplio en cuanto alude a *los intereses generales de los consumidores*, y resulta evidente que el perjuicio que se pudiese haber ocasionados con el alza de precios acordada entre las tres cadenas de farmacias, calificadas como colusión por el Tribunal de Defensa de Libre Competencia, se encuentra enmarcado dentro de aquellos *intereses generales* a que alude la norma en comento, encontrando en ella, entonces, su legitimación el SERNAC para accionar en contra de la demandada; lo cual conduce a desestimar la excepción de falta de legitimación activa opuesta a la demanda.

EN CUANTO A LA EXCEPCION DE INEPTITUD DEL LIBELO OPUESTA POR CRUZ VERDE

TRIGÉSIMO QUINTO: Cruz Verde, opone además excepción de ineptitud del libelo en relación con el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil y la formulación de la causa de pedir en relación con el artículo 52 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, por cuanto la demanda debiera, en su concepto, fundarse en una infracción a la LPC u otra ley de consumo, pues para prosperar sería menester que los hechos en que se funde constituyeran una infracción a un deber del demandado conforme con lo preceptuado por la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, ya que debiera explicar el demandante que los argumentos de su demanda justifiquen razonablemente la afectación del interés colectivo y difuso que dice defender. Esta fundamentación razonable de la afectación del interés supraindividual determinaría que el procedimiento colectivo solamente se aplique cuando se acredite tal agravio de manera razonable, exigencia que, en su opinión, la demanda presentada en autos por Sernac no cumpliría.

Sustenta la excepción opuesta en que la demanda no invoca infracción alguna a las disposiciones de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, sino que se funda en el artículo 3 letra a) del D.L. 211, pues su texto no contiene ninguna mención a alguna infracción a la LPC que pudiese dar lugar a la acción por intereses colectivos y difusos que se intenta, ni tampoco explica ni razona como, de qué forma y cuál derecho del consumidor es el que la parte que



representa ha infringido, fundándola en la colusión declarada jurisdiccionalmente respecto de las 3 cadenas farmacéuticas demandadas en autos y señalando que ello constituiría un grave atentado contra la libre competencia, en los términos del artículo 3 letra a) del DL 211, sin indicar cuál sería la norma de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores infringida, ni pedir la aplicación de las multas que impone la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, lo que supondría prescindir de la exigencia de una declaración previa de responsabilidad contravencional, única manera de hacer procedente la condena indemnizatoria en un juicio de esta clase, atendido lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, el cual señala que el objeto de dicho ley es el de “normar las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en estas materias”.

Añaden que la demanda no contiene solicitud de condena infraccional alguna, lo que se traduciría en que, de accederse a la indemnización solicitada en la demanda, ella no tendría fuente legal que la habilite ni, por consiguiente, causa. Desprende de ello que el artículo 50 de la llamada ley del consumidor habilitaría para iniciar acciones judiciales solo cuando los intereses cautelados por ella se encuentren afectados o amenazados, siendo, de acuerdo con el inciso segundo de la misma disposición, la infracción a esa ley en particular, y no a otras, la única fuente que daría lugar a las acciones destinadas a sancionar al proveedor que incurra en tal infracción, y a obtener la indemnización o reparación que corresponda.

Adicionalmente pone de relieve que el texto del artículo 53 de la ley 19.496, al establecer que la sentencia, además de los requisitos del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil deberá –entre otros requisitos contemplados– “b) declarar la responsabilidad del o los proveedores demandados en los hechos denunciados y la aplicación de la multa o sanción que fuere procedente. La suma de las multas que se apliquen por cada consumidor afectado tornara en consideración en su cálculo los elementos descritos en el artículo 24 y especialmente el daño potencialmente causado a todos los consumidores afectados por la misma situación”, permitiría concluir que sin condena infraccional en virtud de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, no operaría la acción de clase indemnizatoria, y que las acciones infraccionales que motivan la presente demanda se encontrarían prescritas. Y en esta demanda no se pide condena en lo infraccional ni en contra de su representada ni de ninguna de las demás demandadas, que es lo mismo que no invocar una infracción específica de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores o de otras leyes de consumo,



que permita solicitar la declaración judicial de esa infracción a esas leyes y la consiguiente aplicación de sanciones, lo que sería consistente con su postura, cual es que esta acción colectiva no puede sostenerse en un fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que solo da por establecido un injusto monopólico, sin configurar ningún incumplimiento concreto de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores.

Alega que la circunstancia ya descrita constituiría una infracción al acto propio por parte de Sernac, que en su demanda presentada en contra de FASA ante el 1° Juzgado Civil de Santiago, bajo el rol N° 37.607-2009 expresó que “la colectividad de consumidores afectados por el incumplimiento de lo ofrecido por FASA, y que han sufrido daño poseen este mecanismo procesal para que en primer lugar SS, declare la infracción a los artículos 12 y 3 e), y luego determine los daños que deben repararse a los grupos y subgrupos de consumidores (...) Como se desprende de su tenor literal de esta norma, la modificación introducida a la LPC por la ley 19.955 extendió la aplicación normativa de la Ley, reforzando su rol, pues además de regir supletoriamente en materia sustantiva, se aplica el procedimiento colectivo consagrado en ella aun existiendo normativa especial, siempre que se cumplan los requisitos de la relación de consumo que desprenden del artículo 1° Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores”. En esos autos, aun cuando el hecho en que se funda la demanda -la colusión- se encuentra declarado por una sentencia judicial ejecutoriada, el Sernac, que no fue parte en ese juicio ni compareció en él, no indica cómo dicho ilícito configuraría una infracción a la LPC.

De lo anterior concluyen que la presente demanda no cumple con contener una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que justifican razonablemente la afectación del interés colectivo o difuso de los consumidores, en los términos del artículo 50 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, en relación con el art. 254 del Código de Procedimiento Civil. Para su representada tales fundamentos deben ser infracciones a la LPC y no a otros cuerpos legales ajenos al consumo, y así lo habría reconocido expresamente el SERNAC en el juicio promovido contra FASA.

Continúan su argumentación esgrimiendo que la colusión es un ilícito de libre competencia, pero no vulneraría disposición alguna de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, pues estudiar los derechos de los consumidores que en teoría podrían haberse visto afectados por la colusión de las farmacias demandadas, cuesta entender cuál de esos derechos específicamente es el que habría sido dañado con la conducta colusiva, aspecto que habría sido silenciado por el Sernac en su libelo.



TRIGÉSIMO SEXTO: Para que se acogida la excepción de ineptitud del libelo, es menester que esté basada en hechos graves y confusos, es decir, que el requisito ausente sea de aquellos que la hacen inepta, mal formulada, ininteligible o vaga respecto de las personas o la causa de pedir o de la cosa pedida, impidiendo o entorpeciendo, en consecuencia, el derecho de defensa de la contraria.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: De la lectura de la demanda, se advierte que en ella se han expuesto en forma clara los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya, resultando del todo comprensibles. A mayor abundamiento, pronunciarse sobre la procedencia de los argumentos esgrimidos por el demandante para sustentar la determinación y el cálculo del daño cuya reparación solicita, supone calificar existencia del mismo, cuestión que forzosamente ha de ser reservada para la discusión de fondo.

En consecuencia, no adoleciendo la demanda de defectos formales que la hagan ininteligible, será rechazada la excepción de ineptitud de libelo.

EN CUANTO A LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA OPUESTA POR CRUZ VERDE

TRIGÉSIMO OCTAVO: Cruz Verde funda esta excepción señalando que el fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, invocado como fundamento de la demanda, sanciona a su representada por una infracción al artículo letra a) del DL 211, que no es una ley de consumo, por lo que dicho fallo no puede darse por constitutivo de una infracción a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, lo que traería la consecuencia de que la acción incoada en autos no puede dirigirse en contra de su representada, que carecería de legitimación pasiva.

Destacan que una sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia solo puede sancionar por ilícitos libre competencia, no por infracciones a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, y en el fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia aducido por Sernac no hay ninguna declaración, constatación ni menos condena por haberse infringido dicha ley o algún derecho de los consumidores por la parte que representan, cuestión que ni siquiera fue materia del juicio ante el señalado Tribunal. Por ello no podría el Sernac justificar su demanda en una infracción a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, tomando como sustento de su pretensión un fallo de libre competencia, pues solo ante la vulneración de un derecho de los consumidores



puede un proveedor ser pasible de una acción indemnizatoria, pero de conformidad con el artículo 50 de la LPC.

Enfatizan que aun cuando la letra e) del artículo 3 de la LPC que contiene la demanda de autos, que consagra el derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los danos materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor, esa reparación ha de tener su fuente concreta en el quebranto de un deber contractual contraído por el proveedor, lo que no sería el caso de esta demanda, que el Sernac ha fundado en un fallo por una infracción a la ley de la libre competencia, lo que reafirmaría que Farmacias Cruz Verde S.A. no ha podido ser demandada por el Sernac de la forma en que lo ha hecho.

TRIGÉSIMO NOVENO: Que los argumentos en que se funda la excepción, no se condicen con ella, habida cuenta que lo que se cuestiona a través de la misma es que no concurrirían, en la especie, los presupuestos fácticos invocados en sustento de la acción deducida por el SERNAC; cuestión ésta que dice relación con el fondo del asunto, y no con la falta de legitimación pasiva, habida cuenta que ésta apunta a cuestionar que el demandado no sea el sujeto pasivo de la acción deducida, por no ser el legítimo contradictor del actor, en términos tales de que lo reclamado en la demanda, le vayan a ser oponibles de algún modo, y que, como consecuencia de ello, vaya a afectarle en sus derechos y patrimonio lo que eventualmente se decida con motivo de la acción entablada en su contra; circunstancias éstas que no han sido esgrimidas en fundamento de la excepción en comento.

Que, en consecuencia, conforme lo señalado y teniendo presente que los perjuicios que según sostiene SERNAC, habrían sido ocasionados a los consumidores devienen de la Colusión entre las tres cadenas de farmacias demandas para alzar los precios de ciertos medicamentos; resulta evidente la calidad de legítimo contradictor que ostenta la demandada respecto del actor, por cuanto de acogerse la demanda y lo reclamado por el actor, sin duda alguna habrá de afectarle en sus derechos y/ o patrimonio, todo lo cual conduce a desestimar la excepción de falta de legitimación pasiva.

EN CUANTO A LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN OPUESTA POR CRUZ VERDE, SALCO Y FASA



CUADRAGÉSIMO: Fundan la excepción en que el Sernac, al hacer uso de la acción concedida por el artículo 30 del DL 211, pero sujetándose a las normas de procedimiento de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, no podría eludir el requerimiento que ellas hacen de una declaración previa de responsabilidad contravencional por faltas a normas de consumo, ni tampoco las normas de prescripción de la misma acción contravencional y, por extensión, de la acción civil consecuencia de aquella.

Elaboran sobre lo anterior manifestando que las alternativas que deben tenerse en cuenta al ponderar la prescripción de la acción deducida por el Sernac: 1.- Prescripción de la acción contravencional del artículo 26 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores. 2.- Improcedencia del plazo de prescripción de la acción del artículo 30 del DL 211; y 3.- Lo que denominan la "pretendida Supervivencia" del lapso de tiempo de prescripción contenido en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, al considerar como declaración contravencional de norma de consumo la contenida en la sentencia ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por infracción al D.L. 211, computando como inicio del plazo de prescripción de la acción de 6 meses del artículo 26 inciso 1° de la LPC desde el Cúmplase de la sentencia de término del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Sobre la primera de las alternativas enunciadas, expresan que el artículo 26 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores establece un plazo de prescripción de seis meses para las acciones que persigan la responsabilidad contravencional que ella sanciona.

Reiteran que el procedimiento para hacer efectiva dicha responsabilidad, se encuentra previsto en el párrafo 1° del Título IV de la mencionada ley; pero cuando al hacer efectiva tal responsabilidad se busca defender un interés colectivo o difuso de los consumidores, el procedimiento aplicable sería el contemplado en el párrafo 2° del mencionado Título IV.

Razonan que estos autos se encontrarían sujetos al procedimiento destinado a proteger un supuesto interés colectivo o difuso, conforme lo indica el propio Sernac en su demanda, por lo que se trataría de un proceso previsto en la ley para hacer efectiva una responsabilidad contravencional, más allá que el SERNAC pretenda ejercer la acción del artículo 30 del DL 211, sometiéndola al procedimiento de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, propio de la responsabilidad infraccional o contravencional de normas consumo.

Agregan que el hecho de que el artículo 53 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores exija que la sentencia que acoja la demanda interpuesta conforme al procedimiento contemplado en el párrafo 2° de su Título



IV declare la responsabilidad del o los proveedores demandados en los hechos denunciados y la aplicación de la multa o sanción que fuere procedente, demostraría que el procedimiento iniciado en contra de su representada es de índole contravencional. Idea, la anterior, respecto de la cual la doctrina estaría conteste.

Reafirman lo recién señalando citando el texto del artículo 50 B de la misma ley, en cuanto a que en lo no previsto en el párrafo primero de su Título IV, se estará a lo dispuesto en la ley N° 18.287, cuyo artículo 9 dispone que el juez será competente para conocer de la acción civil, siempre que se interponga, oportunamente, dentro del procedimiento contravencional.

Partiendo de la base señalada, argumentan que la fecha de la infracción atribuida a su representada se reduciría a la fecha o periodo de las ventas de alguno de los 206 medicamentos a que se refiere la sentencia de término del TDLC, esto es el período comprendido entre diciembre de 2007 y marzo de 2008. Por ello concluyen que habría transcurrido en exceso el plazo de seis meses contados desde que se habría incurrido en la infracción a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores; y aún más, considerando que el artículo 9 de la Ley 18.287, al que se remite el 50B de la Ley 19.496, obliga a interponer la acción civil dentro del procedimiento contravencional, la jurisprudencia mayoritaria ha sostenido que, prescribiendo la acción contravencional en seis meses y siendo esta un requisito para la reparación, la acción de daños prescribiría también en los mismos seis meses.

Citan en apoyo de su postura sentencia de 6 de septiembre de 2004, dictada por la Il. Corte de Apelaciones de Valparaíso, en causa Rol N° 5037-2002, la cual declara que el derecho del consumidor a ser indemnizado por los perjuicios producidos por un incumplimiento a las normas de esa ley supone que el Tribunal declare que se ha cometido una infracción a ella, de modo que si la acción contravencional ha prescrito, no podría el Tribunal, junto con absolver al inculpado, condenarlo a indemnizar perjuicios.

Ponen de relieve que la circunstancia de haberse presentado la demanda el 1 de febrero de 2013, o notificado la demanda civil de autos a la parte que representa el 13 de marzo de 2013, en cualquier caso habrían transcurrido más de 5 años después de la infracción a las normas de consumo, ocurrida entre diciembre de 2007 a marzo de 2008, de manera tal que la acción interpuesta por el Sernac en estos autos se encontraría prescrita por aplicación del plazo de seis meses contemplado en el artículo 26 inc. 1° de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores.



Continúan su exposición abordando la improcedencia del plazo de prescripción de la acción del artículo 30 del D.L. 211, en atención a que el artículo 20 del DL 211 establece, para las acciones civiles derivadas de un atentado a la libre competencia, un plazo de prescripción de cuatro años, contados desde la ejecutoriedad de la sentencia definitiva -que sería para estos efectos, la del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia-. Sin embargo, ese plazo sería aplicable a la acción del artículo 30 el DL 211 sólo en cuanto acción de indemnización de perjuicios lo sea como consecuencia de una infracción a ella, y referida únicamente a intereses individuales y no colectivos ni difusos, como busca el Sernac.

Agregan que el propio artículo 30 del DL 211 dispone que la acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar con motivo de la dictación de una sentencia por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, se interpondrá ante el tribunal civil competente de conformidad con las reglas generales, tramitándose de acuerdo con el procedimiento sumario del Libro III del Título XI del Código de Procedimiento Civil, sin formular aplicación subsidiaria de las normas de procedimiento de la propia Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores. Esta ley califica los procedimientos colectivos como especiales, de modo que no constituirían la regla general y resultaría imposible catalogarlos como sumarios.

Incluyen a continuación un cuadro explicativo que aclararía el por ellos denominado “zigzagado normativo” del Sernac al deducir la demanda, ejerciendo la acción del artículo 30 del DL 211 por una infracción a esa misma ley, pero aplicando el procedimiento especial de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, por una parte, pero con el plazo de prescripción del artículo 20 del DL 211 -cuatro años desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada-, por la otra.

Abordan finalmente la por ellos calificada como “pretendida supervivencia” del lapso de prescripción de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, al considerar como declaración contravencional de norma de consumo la contenida en la sentencia ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por infracción al DL 211, computando como inicio del plazo de prescripción de seis meses del artículo 26 inciso 1° de la LPC, el cúmplase de la Sentencia de Término del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Al respecto se refieren al proceso de notificación de la demanda a la parte que representan llevada a cabo por Sernac, concluido con un incidente de nulidad deducido por Cruz Verde S.A., acogido por resolución de fojas 196, por la que se



tuvo por notificada a Cruz Verde S.A., aplicación de lo dispuesto por el artículo 55 del Código de Procedimiento Civil, con fecha 13 de marzo de 2013.

Entienden que la premura por parte de Sernac en notificar obedecería a que dicho servicio pretendería contar el plazo de prescripción del artículo 26 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores desde el cúmplase de la sentencia de término del TDLC, plazo que se habría verificado el 13 de septiembre de 2012. Ello se debería a una suerte de establecimiento analógico o extensivo de los términos empleados en el artículo 26 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, en cuanto indica que los 6 meses se contarán "desde que se haya incurrido en la infracción respectiva", pero que el actor habría considerado –en opinión de su representada- como contados desde que la sentencia de término del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por infracción a la ley de libre competencia quedó firme y ejecutoriada.

Recuerdan los distintos argumentos esgrimidos a lo largo de su contestación que harían inaceptable esa interpretación: en el fallo del TDLC no se atribuye a su representada infracción alguna a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores; el DL 211 no regula relaciones de consumo, sino al mercado; según abundante y reiterada jurisprudencia, la prescripción de la infracción contravencional se computa desde su comisión y no desde que ella es declarada por la sentencia pronunciada por el Juez de Policía Local; el Sernac no denuncia en su demanda ninguna norma de consumo como trasgredida por la parte que representan, ni solicita condena infraccional para ella; la prejudicialidad del artículo 30 del DL 211, que impediría al Tribunal pronunciarse sobre eventuales infracciones a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, al mandar tener por cierta e inamovible la calificación jurídica de los hechos contenidos en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la cual sanciona a Cruz Verde S.A. por infracción al artículo 3 letra a) del DL 211, y no por infracción a normas de consumo, entre otras.

Señalan oponer expresamente excepción de prescripción de la acción ejercida por el Sernac por haber transcurrido en exceso el plazo de 6 meses regulado por la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, contados desde la infracción respectiva; y subsidiariamente, la prescripción de toda acción ejercida por el Sernac por haber transcurrido más de 4 años desde la eventual infracción a las normas de consumo contenidas en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores u otras que correspondan; o, a todo evento, la prescripción de toda acción infraccional y/o civil que se haya ejercido con anterioridad a la fecha de presentación de su escrito, sin excepciones, por haber transcurrido en exceso los plazos previstos en la Ley de Protección de los Derechos de los



Consumidores, en otras normas de consumo o en cualquier norma sustantiva, subsidiaria o supletoria que se invoque al efecto, para todos los casos, al no haber mediado suspensión o interrupción del plazo de prescripción, con costas.

Formulan como conclusiones de su lata exposición y defensa que la demanda deducida por Sernac contra su representada no tiene asidero jurídico ni fáctico que le preste mérito alguno, y ha faltado a la observancia de reglas elementales de procedencia de la acción elegida, de aplicación del procedimiento y de la competencia del Tribunal para conocer del asunto sometido a dictamen, entremezclando acciones, derechos e institutos procesales. A lo anterior se sumaría la prescripción de la acción, que privaría de todo crédito a las imputaciones formuladas y debieran ser absolutamente rechazadas.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: SALCO subsidiariamente, opone también excepción de prescripción extintiva de la acción colectiva deducida por el Sernac por haberse cumplido los 6 meses que establece el artículo 26 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores entre la fecha de los hechos en los que Sernac funda la demanda y que él mismo fija entre diciembre y marzo de 2008, pues la presente demanda colectiva se notificó cinco años después, en febrero de 2013. Subsidiariamente a dicho plazo, oponen excepción de prescripción general del artículo 2332 del Código Civil, al haber transcurrido los cuatro años previstos por la ley entre diciembre y marzo de 2007 a la fecha de notificación de la presente demanda colectiva, destacando que el propio Sernac manifiesta que la acción entablada corresponde a una de responsabilidad civil extracontractual. La excepción anterior sería igualmente aplicable en de conformidad con el régimen de responsabilidad contractual, dado que los cinco años contemplados por el artículo 2515 del Código Civil también se habrían cumplido, al menos respecto de los hechos ocurridos entre diciembre de 2007, enero y parte de febrero de 2008.

En el primero de los casos, citan el artículo 26 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, el cual dispone que “Las acciones que persigan la responsabilidad contravencional que se sanciona por la presente ley prescribirán en el plazo de seis meses, contado desde que se haya incurrido en la infracción respectiva”. Relacionando dicha norma con la imputación formulada por el Sernac en cuanto a que acuerdo colusorio habría producido sus efectos entre diciembre de 2007 y marzo de 2008, se concluiría que la acción colectiva prescribió sucesivamente entre los meses de junio a septiembre de 2008, para lo cual se apoyan en la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago de 19 de mayo de 2010, N° de ingreso 234-2010, la cual hace aplicación del plazo de



prescripción de seis meses del artículo 26 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores a la acción contravencional derivada de una infracción, razonando al mismo tiempo que si la acción contravencional se ha extinguido por la prescripción, no podrá el tribunal, junto con absolver a la denunciada, condenarla a indemnizar perjuicios.

En el segundo de los casos, subsidiariamente alegan que la acción también estaría prescrita por haber transcurrido el plazo de 4 años desde la supuesta infracción, según lo establece el artículo 2332 del Código Civil. Este plazo, propio de la responsabilidad extracontractual sería aplicable a las demandas colectivas sobre la base de que, a falta de un plazo especial de prescripción extintiva, debe aplicarse el término de la responsabilidad extracontractual, por ser este el régimen común aplicable en todos los otros casos en que no exista un contrato, según establece el artículo 2284 del Código Civil, argumento al cual suman que las obligaciones emanadas de Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores son de carácter legal y tienen el mismo tratamiento que la responsabilidad extracontractual, al ser reguladas conjuntamente por el artículo 2284 del Código Civil. En consecuencia, en materia de protección al consumidor, a falta de otra regla, debería aplicarse el término de prescripción de 4 años del artículo 2332 del mismo cuerpo normativo. Adicionalmente, señalan que el Sernac no está demandando por daños derivados de la inejecución de un contrato, sino de un supuesto incumplimiento legal por un hecho anterior o coetáneo a la celebración de un contrato, supuestos que estarían cubiertos por la responsabilidad precontractual, regida por el plazo de prescripción del artículo 2332 del Código Civil; todo lo anterior sin contar que el propio Sernac funda su demanda en la responsabilidad civil extracontractual, cuyo término de prescripción aplicable es de cuatro años.

Abordan a continuación la forma cómo habría de computarse el señalado plazo de cuatro años, que según el artículo 2332 del Código Civil es desde la perpetración del acto. Como Sernac afirma que los hechos sobre los que funda su demanda colectiva ocurrieron entre diciembre de 2007 y marzo de 2008 (momento de la perpetración del acto), la notificación de la acción a Salcobrand habría ocurrido casi un año después de haber prescrito la acción, lo que habría ocurrido en marzo de 2012.

Subsidiariamente, alegan que, incluso en el caso en que se pensara que el régimen aplicable es el de la responsabilidad contractual, corresponde oponer la excepción de prescripción extintiva de acuerdo con el artículo 2515 del Código Civil, conforme con la cual dos de los cuatro meses durante los cuales se habría ejecutado el acuerdo colusorio se verían afectados por la prescripción extintiva de



5 años de la responsabilidad contractual; los que corresponden a los perjuicios derivados de los hechos que ocurridos desde diciembre de 2007 hasta el 8 de febrero de 2008, momento en el que se habría interrumpido la prescripción de 5 años, como consecuencia de haberse notificado la demanda a su representada.

Advierten que la aplicación del el término de prescripción de la responsabilidad contractual acarrearía como consecuencias, en primer lugar, la improcedencia de indemnizar al grupo de consumidores que no pudieron comprar medicamentos, por no existir contrato entre Salcobrand y dichos consumidores, y en segundo, tendría lugar la carga de Sernac de probar fehacientemente la existencia de los contratos entre Salcobrand con el grupo de consumidores que sí compraron medicamentos, así como la existencia de perjuicios respecto de ellos por los hechos imputados, conforme con el artículo 50 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores y el 1698 del Código Civil.

Como última alegación, esgrimen que cualquiera que sea el plazo de prescripción, no puede dejar de aplicarse la ley y dar un tratamiento distinto a un órgano estatal, con lo que buscan refutar la alegación del Sernac en el sentido de haber estado imposibilitado de presentar esta demanda colectiva mientras el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Excm. Corte Suprema no pronunciaran una sentencia firme y ejecutoriada en materia de libre competencia que impusiera una multa a Salcobrand y las otras farmacias. Ello porque sería falso que la sentencia de libre competencia deba servir como base para todos los otros juicios posteriores, pues cuando la ley ha establecido que una sentencia es base de otro proceso lo ha dispuesto expresamente, lo que no es el caso en el DL 211, ni la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores; adicionalmente, porque en el informe en Derecho acompañado por el propio demandante a fojas 254, al Sernac se le señaló que en virtud de lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores tenía el poder-deber de comparecer en el juicio de libre competencia, incluso antes de que se dictara sentencia firme en dicho proceso, lo que no hizo. Por último, anotan que sería público y notorio que en muchos otros casos el Sernac ha deducido demandas colectivas sin esperar que se terminen otros procedimientos administrativos, y sostener que precisamente en este no pudo constituiría una prueba manifiesta de la inactividad en la que se funda la sanción de la prescripción extintiva.

Concluyen su argumentación sosteniendo que, habiéndose extinguido la acción colectiva del Sernac, darle un tratamiento distinto al que establece nuestro ordenamiento en esta materia supondría infringir las garantías de igualdad ante la ley, del debido proceso y de la seguridad jurídica que cautelan el artículo 19 N° 2, 3 y 26 de la Constitución Política y de paso quebrantar el artículo 2497 del Código



Civil, norma que busca evitar el riesgo de caer en una injusticia que estableciera de facto grupos preferentes en Chile; cosa que es precisamente el efecto que según Salcobrand pretendería el Sernac al deducir una demanda colectiva como la de autos.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Por su parte FASA también opone excepción de prescripción, la que fundan en el hecho de que, al no existir respecto de FASA una sentencia condenatoria dictada en sede de libre competencia que de por acreditado un ilícito anticompetitivo, ella no podría ser condenada al pago de una indemnización de perjuicios de acuerdo al artículo 30 del DL 211, por lo que el Sernac sólo podría haber podido perseguir esa indemnización de conformidad a uno de dos estatutos de responsabilidad: La contravencional de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores o la extracontractual sujeta a las reglas generales establecidas en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, y en ambos supuestos la pretensión indemnizatoria del Sernac se encontraría prescrita.

Sobre la prescripción de la acción según las normas de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, sostienen que si el Sernac estima que los hechos que fueron materia del Requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia son constitutivos de responsabilidad contravencional de FASA, las acciones que persigan ese tipo de responsabilidad prescribirían de acuerdo al artículo 26 de la ley 19.496.

Detallan que los hechos que motivan la demanda se habrían verificado, de acuerdo con el propio demandante, entre el 1 de diciembre de 2007 y el 31 de marzo de 2008. Dado que el artículo 26 ya referido establece un plazo de prescripción de seis meses contados desde que se haya incurrido en la infracción respectiva, para que la acción de autos no se encontrara prescrita el SERNAC debió haber presentado su demanda a más tardar el 30 de septiembre de 2008, pero ella fue presentada a distribución el 1 de febrero de 2013, por lo que la acción que persigue la responsabilidad contravencional de FASA se encontraría prescrita. Por otro lado, respecto de prescripción una acción deducida de acuerdo con las normas generales de la responsabilidad extracontractual, postulan que la acción se encontraría igualmente prescrita, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2332 del Código Civil, que establece un plazo de cuatro años contados desde la perpetración del acto. En este caso, considerando que el presunto ilícito extracontractual en que habría incurrido FASA y que habilitaría al Sernac a demandar la indemnización de perjuicios extracontractuales se habría verificado entre el 1 de diciembre de 2007 y el 31 de marzo de 2008, para que la acción de



autos no se encontrara prescrita el Sernac debió haber notificado su demanda a más tardar el 31 de marzo de 2012, pero dicha actuación se verificó el día 8 de febrero de 2013, por lo que la acción para perseguir la responsabilidad civil de FASA de acuerdo con las normas generales se encuentra prescrita.

CUADRAGÉSIMO TERCERO: Para que resulte adecuado declarar la prescripción de una acción se hace necesario verificar previamente la ocurrencia del hecho que la genera, pues no resulta lógico declarar la prescripción de una acción que nunca estuvo en posibilidad de ser ejercida.

CUADRAGÉSIMO CUARTO: Que, la controversia suscitada en autos radica, principalmente, en determinar, en primer lugar, si el procedimiento iniciado por el Servicio Nacional del Consumidor, para la defensa del interés difuso y colectivo de los consumidores, contenido en la ley 19.496, es idóneo para perseguir la indemnización de los perjuicios ocasionados a un número indeterminado de consumidores, que reclaman haber sido lesionados en sus derechos por la infracción de las demandadas de las normas que regulan la Libre Competencia. Infracción que habría sido declarada a través de una sentencia dictada por el Tribunal de Defensa de Libre competencia.

CUADRAGÉSIMO QUINTO: Es un hecho conocido que la ley 19.955 del año 2004 introdujo varias reformas a la ley del consumidor del año 1997. Entre ellas una de las más importantes fue la posibilidad de iniciar procesos colectivos para la defensa de derechos e intereses de los consumidores.

Lo anterior no fue más que recoger, por parte del legislador, la realidad de gran parte de las relaciones jurídicas y comerciales modernas para efectos de dar solución a una necesidad de justicia a través de instrumentos de protección colectiva. Estos instrumentos deben entenderse como mecanismos excepcionales que opera cuando los mecanismos clásicos no permitan el amparo de una situación jurídica colectiva.(Aguirrezabal, 2019. Defensa de los Consumidores y Acceso a la Justicia)

Así, en el caso de autos al reclamarse por la demandante estar vulnerado un interés difuso de los consumidores debe aplicarse el procedimiento colectivo consagrado por la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, con independencia de que se trate de hechos regulados por leyes especiales, pretender que cada consumidor afectado por la colusión de las farmacias concurriera de forma independiente a tribunales haría incurrir en un obstáculo



innecesario y contrario a los principios generales del derecho, principalmente al de reparación de todo daño, razón por la cual la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores es la vía idónea para conocer la acción que se somete a conocimiento de este tribunal.

La idea contraria a lo precedentemente planteado importaría que, los consumidores una vez constatada una práctica anticompetitiva, lo que solo puede ocurrir con la dictación de una sentencia en sede de Libre Competencia, estarían privados de demandar los daños y perjuicios provocados la conducta anticompetitiva; Por lo razonado este Tribunal estima idóneo el procedimiento incoado por Sernac para conocer de los perjuicios sufridos por los consumidores frente a la infracción a las normas de Libre Competencia infringidas por las farmacias demandadas.

CUADRAGÉSIMO SEXTO: Que con el mérito de la prueba rendida, principalmente con la documental consistente en la sentencia de N° 119 / 2012 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (custodia 735-13) y la sentencia de la Excm. Corte Suprema Rol 2578-2012 de fecha 7 de septiembre de 2012 (custodia 735-13) y reseñada precedentemente es posible establecer que Cruz Verde Salcobrand y Fasa se habrían coludido para alzar los precios de al menos 206 medicamentos, entre los meses de diciembre de 2007 y marzo de 2008.

Las farmacias demandadas desarrollan, entre otras actividades, intermediación de productos farmacéuticos, específicamente la venta de remedios a consumidores finales.

Farmacias Ahumada S. A., Farmacias Salcobrand S. A. y Farmacias Cruz Verde S. A., constituyen las tres cadenas de farmacias más importantes en el país tanto por cobertura territorial como por la proporción de venta en el mercado farmacéutico, superior al 90% en todo el país.

La mayoría de los medicamentos objeto de la acusación tienen la categoría de medicamentos éticos, esto es, aquellos cuya venta está precedida necesariamente de prescripción médica. A su vez, según el tratamiento de enfermedades para las cuales se suministran, éstos pueden ser: a) crónicos: destinados al tratamiento de enfermedades que requieren su consumo por un largo periodo de tiempo o por toda la vida de una persona, como los antidiabéticos, hipertensivos, antiepilépticos y b) agudos: aquellos cuyo uso es recetado para el tratamiento de una dolencia en particular por un determinado lapso de tiempo, como los antibióticos, antihistamínicos y antitusivos.



CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO: Para demandar indemnización de perjuicios se debe probar la concurrencia de los presupuestos que establece el común para que se configure la responsabilidad civil. En ese sentido, para que un consumidor pueda exigir una indemnización de perjuicios por ilícitos anticompetitivos es necesario que concurren los elementos establecidos por el derecho civil común: hecho ilícito, culpa o dolo, causalidad y daño.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO: Tratándose de ilícitos contra la libre competencia, sometidos a estricto régimen sancionatorio, y sujetos a una jurisdicción resulta necesario que en general, antes de demandar la indemnización se establezca con fuerza de cosa juzgada por el TDLC la existencia tal ilícita. (Hernández y Tapia. 2019. Colusión y daño a los consumidores)

Por lo comentado, el rol de la sentencia dictada por el Tribunal de Libre Competencia generó en autos cosa juzgada en relación con los hechos, la conducta y su calificación jurídica.

CUADRAGÉSIMO NOVENO: En consecuencia, resta determinar la causalidad, naturaleza y monto de los daños demandados.

Luego, en este orden de ideas, previamente, ha de tenerse presente que para determinar la existencia de los grupos y subgrupos a que alude la interlocutoria de prueba dictada en estos autos, conforme lo dispuesto en el artículo 53 A y C de la ley 19.496; estos serán determinados conforme a los hechos expuestos en la presente causa, documental, testimonial y a los informes en derecho aparejados al proceso. Quedando en consecuencia, ellos, establecidos conforme a lo siguiente:

Grupo 1: Consumidores que contrataron con las farmacias infractoras, en el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2007 y el 31 de marzo de 2008 pagando un mayor precio.

Grupo 2: Consumidores que dejaron de comprar los medicamentos en razón al alza de sus precios.

QUINCUAGÉSIMO: Establecidos los grupos de consumidores afectados por la conducta anticompetitiva, es necesario pronunciarse sobre la acreditación del daño sufrido por las víctimas del ilícito colusorio, debiendo acreditarse por parte de los demandantes la existencia, naturaleza y cuantía del daño (Carpagnano. (2007) pp 11 y 15 Valdés (2009) pp 279)



En relación a la prueba acompañada y rendida, ésta conforme a los establecidos para los procedimientos de protección del interés colectivo y difuso de los consumidores se rige por el sistema de sana crítica (artículo 51 de la ley 19.946)

En este sentido se ha de considerar lo señalado por la doctrina : *“ ni la lógica , ni la experiencia, ni la ciencia le indican el umbral de suficiencia del proceso corroborativovalorar libre y racionalmente consiste en evaluar si el grado de probabilidad alcanzado por la hipótesis que describe los hechos, a la luz de las pruebas disponibles, resulta suficiente para aceptarla como verdadera, siendo la principal tarea a la que se enfrentan una valoración racional, la de medir su probabilidad”* (Montero (2017) pp 159-162)

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO: Establecida la forma en que la prueba será valorada y puntualizado ahora, en cuanto a la existencia de los daños, se ha tenido por acreditado que los daños sufridos por los consumidores, consisten en daños patrimoniales ciertos que vulneraron su derecho de adquirir ciertos medicamentos a un precio competitivo, esto fluye de los antecedentes aparejados a la causa y en especial de lo declarado en la sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema. con fecha 7 de septiembre de 2012 al conocer de la reclamación de las farmacias en contra de la sentencia del Tribunal de Defensa de libre Competencia, en donde el máximo Tribunal da por acreditada la existencia de utilidades en el periodo de colusión ascendentes a la suma de \$27.000.000.000- A través de estas dos sentencias fluye la existencia de daño colectivo (consumidores que pagaron el sobreprecio) y difuso (consumidores que dejaron de comprar el medicamento).

La naturaleza del daño sufrido por los distintos grupos de consumidores puede ser clasificada en daño emergente, para los consumidores del grupo 1 que corresponderá a lo efectivamente pagado por el alza y en cuanto al grupo 2 corresponde dentro de la clasificación clásica de perjuicios a lucro cesante que estaría representado por la pérdida de la utilidad o beneficio que obtendrían dejar de consumir determinado bien, en este caso, el medicamento.

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO: En este orden de ideas, corresponde determinar los montos a indemnizar, que se determinarán en base a la prueba rendida en autos, instrumental y testifical, siendo relevante a estos efectos, el informe denominado “Estimación de Daños a Consumidores por alza Coordinada de Precios de las Farmacias Ahumada, Cruz Verde y Salcobrand”, elaborado por don Aldo González, Ingeniero Civil y Doctor en Economía, que es idóneo en este caso, para estimar la cuantía a la que ascienden los perjuicios sufridos por los distintos



grupos de consumidores, causados por el actuar de los demandados, al haber recurrido en su metodología, a lineamientos establecidos por la Dirección de Competencia de la Unión Europea y por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico para acciones anticompetitivas que perjudican a consumidores finales, como en el caso de marras, y a la utilización de teoría económica, información contenida en el juicio precedente a estos autos, tramitado ante el Tribunal de Defensa de la Libre competencia.

En cuanto al grupo 1, correspondiente a los consumidores que contrataron con las farmacias infractoras, en el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2007 y el 31 de marzo de 2008 pagando un mayor precio por sus medicamentos, los perjuicios por daño emergente, ascienden a la suma total de \$1.736.961.314, siendo el cálculo de esta cifra, en términos simples, el resultado del gasto en que efectivamente incurrieron los consumidores en la fase colusiva (estimada en base al peritaje realizado por Núñez Rau y Rivera), menos el gasto que habrían hecho durante el mismo periodo, en caso que los demandados se hubiesen comportado de forma competitiva, considerando el precio promedio de competencia de los productos, calculado en base al periodo de tiempo comprendido entre el 01 de enero de 2006 y diciembre de 2007 a marzo de 2008, dependiendo del medicamento, marco temporal suficiente para poder determinar que dicho precio no se vea afectado por comportamientos tales como la guerra de precios ocurrida de manera previa al inicio de la conducta sancionada.

Cabe tener presente, que siendo tres los demandados e infractores en estos autos, y teniendo cada uno de ellos un nivel distinto de participación en las conductas denunciadas, el monto correspondiente a pagar, será desglosado como sigue: Cruz Verde, un total de \$638.024.281; FASA, el monto de \$724.226.229 y SalcoBrand, la suma de \$374.710.804.

Respecto al grupo 2, al que pertenecen los consumidores que dejaron de comprar los medicamentos en razón al alza de sus precios, los perjuicios a pagar por concepto de lucro cesante, corresponden a un total de \$284.916.956, resultando esta cifra de la estimación de la demanda, de la que se determinó un valor de su elasticidad precio, representativa de los medicamentos respecto de los cuales se estableció la existencia de la conducta que generó el daño, resultando responsables los demandados en la siguiente proporción: Cruz Verde, por un total de \$110.676.599, FASA, por la suma de \$99.528.007 y SalcoBrand por el monto de \$74.712.349.



Es pertinente recalcar, que respecto del monto de los perjuicios a pagar por cada uno de los demandados, dichos daños abarcan el período comprendido entre diciembre del 2007 hasta el 31 de marzo de 2008, calculados en base a un listado de 206 medicamentos, que fueron señalados en la Sentencia pronunciada por el Tribunal de Defensa de la Libre competencia.

QUINCUAGÉSIMO TERCERO : Que en razón de lo señalado precedentemente y conforme lo dispuesto en el artículo 53 C de la LPC se dispone para las indemnizaciones que por esta sentencia se fijan lo siguiente:

- i. Reparación para el Grupo 1: La suma que las farmacias demandadas deberán consignar en la etapa procesal correspondiente en la cuenta corriente del Tribunal corresponde para Farmacia Cruz Verde S.A \$638.024.281, SalcoBrand S.A \$374.710.804 y FASA S.A \$724.226.229. Suma que será distribuida entre los consumidores que concurran a ejercer sus derechos en proporción al valor de los medicamentos cuyo sobreprecio les produjo el perjuicio determinado.
- ii. Reparación para el Grupo 2: corresponderá al pago por consignación en la cuenta corriente del Tribunal, de los montos en favor de las personas que concurran a acreditar, en la etapa procesal correspondiente, por cualquier medio de prueba su pertenencia a este grupo de consumidores y con el tope de los montos consignados para este grupo en el considerando 52°.

QUINCUAGÉSIMO CUARTO: En cuanto a la prescripción alegada, cabe tener presente que el artículo 20, inciso final, del D.L. N° 211 establece que el plazo de prescripción de la acción indemnizatoria es de cuatro años contados desde que esté firme o ejecutoriada la sentencia definitiva del rechazo porque el plazo es de 4 años desde que se está firme y ejecutoriada la sentencia de TDLC. De ésta forma, sólo resultan aplicables las reglas generales de prescripción previstas en el Código Civil para el caso de no existir sentencia del TDLC, supuesto que no se ajusta al caso de autos, resultando aplicable el citado artículo 20, inciso final, del D.L. N° 211.

Consta en estos autos, que la demanda fue notificada a Farmacias Ahumada S.A. y Farmacias Salcobrand S.A. el día 08 de febrero de 2013, según consta a fojas 58 y 85, respectivamente; y a Cruz Verde S.A. con fecha 13 de marzo de 2013, conforme consta a fojas 196.

De otra parte, consta en estos autos que la sentencia definitiva pronunciada por el TDLC adquirió el carácter de firme o ejecutoriada con fecha 07 de septiembre de 2012.

Luego al contabilizar los plazos de prescripción desde la fecha en que la sentencia del TDLC adquirió el carácter de firme o ejecutoriada, ocurrido el 07 de septiembre



de 2012, y teniendo a la vista la fecha de notificación de la demanda, ocurrida los días 08 de febrero de 2013 y 13 de marzo de 2018, se puede constatar que no ha transcurrido íntegramente el plazo de prescripción establecido en el artículo 20, inciso final, del D.L. N° 211.

Que asentado lo anterior, corresponde el rechazo de la excepción de prescripción deducida.

QUINCUAGÉSIMO QUINTO: Que siendo este procedimiento iniciado para efectos de obtener las reparaciones de los consumidores afectados, usando como fundamento la sentencia dictada por el Tribunal del Defensa de la libre Competencia , se omitirá pronunciamiento en cuanto a las multas a aplicar, señaladas en la letra b del artículo 53 C de la ley 19.496, toda vez que la infracción por la cual se declarara la reparación ya fue sancionada con Multa en la jurisdicción de Libre competencia como consta en las sentencias ya referidas para efectos de no transgredir el principio de *non bis in idem* que regula todos los proceso sancionatorios de nuestro ordenamiento.

QUINCUAGÉSIMO SEXTO: Que conforme lo dispone el artículo 54 C de la ley 19.946 los interesados deberán presentarse a ejercer sus derechos dentro de 90 días corridos desde el último aviso a que hace referencia el artículo 54 A de la misma ley.

QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO: Que las restantes pruebas rendidas y las alegaciones no analizadas fueron omitidas por no resultar idóneas para desvirtuar lo razonado o por ser incompatible con lo que se ha resuelto.

QUINCUAGÉSIMO OCTAVO: Que se condena en costas a las demandadas.
Por estas consideraciones, citas legales y visto lo dispuesto en los artículos 1545, 1546 y 1698 del Código Civil; 144, 160, 170, 341 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, y artículos pertinentes de la Ley N° 19496 y DL 211 se declara:

1. Que se rechazan las objeciones de documentos opuestas a fojas 303, 1338, 1403, 1405, 1413, 1418 y 1420
2. Que se rechazan las tachas formuladas por Cruz Verde S.A. y Salcobrand S.A. al testigo Aldo Patricio González Tissinetti, en la audiencia de prueba testimonial de fojas 1663.



3. Que se rechaza la excepción de incompetencia absoluta del Tribunal opuesta por Cruz Verde
4. Que se rechaza la excepción de falta de litispendencia opuesta por Cruz Verde
5. Que se rechaza la excepción de litispendencia por conexidad opuesta por FASA. S.A
6. Que se rechazan las excepciones de falta de legitimación activa del Sernac opuesta por Cruz Verde y Fasa
7. Que se rechaza la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Cruz Verde
8. Que se desestima la alegación de inadecuación del procedimiento incoado conforme lo razonado en el considerando 44°
9. Que se declara que las demandadas, como consecuencia de la colusión en el alza de precios de 106 medicamentos, habrían ocasionado perjuicios a los consumidores de los grupos designados en el considerando 49° de esta sentencia.
10. Que se condena a las demandadas a indemnizar los perjuicios a los consumidores conforme lo dispuesto en el considerando 52° y 53° de esta sentencia.
11. Que se ordena efectuar a costa de los demandados la publicación de un extracto de esta sentencia, en dos oportunidades, en conformidad al artículo 54 A), una en el diario El Mercurio y otra en La Tercera, con un intervalo no inferior a tres días ni superior a cinco días entre ellas.
12. Que el señor secretario dará cumplimiento a lo establecido en el artículo 54 letra A de la ley 19.496.
13. Remítase copia autorizada de la presente sentencia al Servicio Nacional del Consumidor a fin de dar cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 58 bis de la ley 19.946.

Regístrese, notifíquese, publíquese y archívese en su oportunidad.

Rol C-1940-2013



C-1940-2013

Pronunciada por Guinette López Insinilla, Juez Suplente del Décimo Juzgado Civil de Santiago.

Autoriza Mauricio Rossel Zúñiga Secretario Subrogante.

Se deja constancia que se dio cumplimiento a lo dispuesto en el inciso final del art. 162 del C.P.C. en **Santiago, diecisiete de Diciembre de dos mil diecinueve**



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 08 de septiembre de 2019, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>

GUINETTE VERONICA LOPEZ INSINILLA
Fecha: 17/12/2019 16:41:17

MAURICIO EDUARDO ROSSEL ZUÑIGA
Fecha: 17/12/2019 16:42:16