

EN LO PRINCIPAL: OPONE FUNDADAMENTE EXCEPCIÓN DILATORIA DE INEPTITUD DEL LIBELO; OTROSÍ: PATROCINIO Y PODER.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

EDUARDO DORAT OLCESE, abogado, en representación de **CANAL DEL FÚTBOL SPA** (“CDF”), en estos autos contenciosos caratulados “**REQUERIMIENTO DE LA FNE EN CONTRA DE CANAL DEL FÚTBOL SPA**”, Rol N° **C-411-2020**, a este H. Tribunal respetuosamente digo:

Que estando dentro de plazo y conforme los siguientes argumentos de hecho y derecho, vengo en oponer al Requerimiento deducido por la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) la **excepción dilatoria de ineptitud del libelo**, consagrada en el artículo 303 N° 4 del Código de Procedimiento Civil (“CPC”), aplicable en autos por remisión del artículo 29 del Decreto Ley N°211 de 1973 (“DL 211”).

I. RELEVANCIA DE UN REQUERIMIENTO CLARO EN UN PROCESO SANCIONATORIO **COMO EL DE AUTOS**

En un estado de derecho se ha de cautelar el legítimo derecho a defensa y la igualdad de armas, consagrados en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República (“CPR”), entre quienes intervienen en un proceso sancionatorio. Lo que es especialmente relevante cuando la requirente es un organismo público como lo es la FNE, que ejerce el *ius puniendi* del Estado.

Como una concreción de dichos derechos, el artículo 20 del DL 211 dispone, en lo pertinente, que: *“El procedimiento podrá iniciarse por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o por demanda de algún particular, la que deberá ser puesta en inmediato conocimiento de la Fiscalía. **El requerimiento o demanda deberá contener la exposición clara y determinada de los hechos, actos o convenciones que infringirían la presente ley e indicar el o los mercados en que incidiría la presunta infracción.**”*¹

Por su parte, el artículo 254 del CPC, norma también aplicable en la especie, señala que: *“La demanda debe contener: (...)*

*4.- La **exposición clara** de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya; y*

¹ Énfasis agregado.

5.- La **enunciación precisa y clara**, consignada en la conclusión de las peticiones que se sometían al fallo del tribunal.”²

En relación con la norma anteriormente citada, el artículo 303 del mismo cuerpo legal establece en su N° 4, que: “*Sólo son admisibles como excepciones dilatorias:(...)*

4° *La ineptitud del libelo por razón de falta de algún requisito en el modo de proponer la demanda.”*

Estas normas legales tienen como razón de ser la necesidad de que el inicio de la relación procesal se trabee sobre hechos claros y determinados, en términos tales que la claridad y precisión del Requerimiento es un requisito vital para la marcha regular del juicio, para determinar el ámbito de defensa de la parte demandada, la admisión de la prueba, los hechos a los que se deberá circunscribir la sentencia y para determinar claramente la acción ejercida.

Sobre este particular, la Excm. Corte Suprema ha sido clara en manifestar la necesidad y relevancia de la claridad y precisión que ha de tener un requerimiento al imputar determinados hechos en un proceso sancionatorio como el de autos, cuando resolvió: “**Vigésimo Quinto:** *Que esta Corte ha desarrollado la aplicación del principio de congruencia en los procesos de infracción a la libre competencia en fallos anteriores (Rol 2578-2012), señalando a este respecto que: ‘...en lo relativo a un proceso sancionatorio, resulta indispensable que se dé a conocer la conducta reprochada, la cual constituye el centro del litigio: el requirente destinará sus esfuerzos para acreditar sus extremos y el imputado para desvirtuar los antecedentes que se esgrimen en su contra. Las distintas circunstancias que rodean el hecho pueden ser determinantes sólo en la medida que tengan influencia en la decisión fundamental del tribunal y que se reflejen, en alguna forma, en lo dispositivo del fallo. Se precisa que los requeridos tengan pleno conocimiento de las conductas que se les atribuyen’.*”³

II. RAZONES POR LAS QUE EL REQUERIMIENTO DE AUTOS NO CUMPLE LOS REQUISITOS MÍNIMOS QUE SE LE HAN DE EXIGIR

Como revisaremos a continuación, el Requerimiento de autos no cumple con los requisitos mínimos definidos por el máximo tribunal y la legislación aplicable, ya que:

² Énfasis agregado

³ Sentencia dictada por la E. Corte Suprema con fecha 29 de octubre de 2015, Rol N° 27.181-2014. Énfasis agregados.

1. **No contiene una exposición clara y determinada de los hechos, actos o convenciones que vulnerarían la libre competencia, dado que:**

- (i) Plantea un petitorio N°1 contradictorio con aquella conducta anticompetitiva que imputa a CDF a lo largo de todo el Requerimiento;
- (ii) No define la época en que se habría verificado el comienzo de la aplicación conjunta de las prácticas comerciales supuestamente impuestas por el CDF que serían nocivas para la libre competencia; y
- (iii) No define claramente cuáles serían los supuestos efectos anticompetitivos que se habrían provocado, ni su naturaleza, sin siquiera definir si dichos supuestos efectos han ocurrido efectivamente en los más de 14 años imputados difusamente o si, por el contrario, serían solo potenciales.

2. **No enuncia en forma precisa y clara las peticiones que efectúa al H. Tribunal, al solo requerir genéricamente medidas preventivas, correctivas o prohibitivas.**

III. **RAZONES POR LAS QUE EL REQUERIMIENTO NO CUMPLE LOS REQUISITOS MÍNIMOS QUE SE LE HAN DE EXIGIR PARA DAR COMIENZO A ESTE PROCESO JUDICIAL**

El Requerimiento no cumple con los requisitos mínimos que establece el legislador para dar comienzo a este litigio, dado que no expone en forma clara y determinada (i) la conducta imputada, (ii) ni tampoco las peticiones que somete al fallo del H. Tribunal, vulnerando de esta forma el artículo 20 del DL 211 y el artículo 254 del CPC.

En ese sentido, resulta inconveniente e injusto iniciar una relación procesal a partir de una presentación contradictoria y vaga, ya que se **dificulta con ello la labor del H. Tribunal y, fundamentalmente, se afecta gravemente el derecho a defensa de mi representada.**

1. **PRIMERA RAZÓN QUE DETERMINA LA INEPTITUD DEL REQUERIMIENTO: NO CONTIENE UNA EXPOSICIÓN CLARA Y DETERMINADA DE LOS HECHOS, ACTOS O CONVENCIONES QUE VULNERARÍAN LA LIBRE COMPETENCIA – INFRACCIÓN A ARTÍCULOS 20 DEL DL 211 Y 254 N°4 DEL CPC**

Este H. Tribunal ha sido claro al señalar reiteradamente lo siguiente en relación con los presupuestos mínimos de un requerimiento, al disponer: *“Que, este Tribunal, en reiterada jurisprudencia, ha señalado que se cumplen los requisitos definidos en el artículo*

anterior cuando un requerimiento o demanda contiene: '(i) **la descripción suficientemente clara de los antecedentes del caso, de las conductas imputadas** y de la época en que éstas tuvieron lugar; (ii) la indicación del mercado relevante en que dichas conductas incidirían; y (iii) **la enunciación de las razones por las cuales los hechos imputados impedirían, restringirían o entorpecerían la libre competencia, o tenderían a ello**'⁴

A continuación, revisamos cada uno de estos aspectos que determinan la concurrencia de esta primera razón para que se acoja la presente excepción dilatoria.

(i) **El petitorio del Requerimiento es contradictorio con aquello que imputa reiteradamente la FNE en el cuerpo del mismo, al referirse a la conducta anticompetitiva que imputa a CDF**

La FNE señala en diversas partes de su Requerimiento que la conducta anticompetitiva denunciada corresponde al establecimiento y supuesta imposición conjunta de las cuatro prácticas comerciales que menciona, a saber, (i) la limitación o control de las promociones que los cableoperadores pueden implementar de cara al consumidor final, (ii) el establecimiento de un precio mínimo de reventa de las señales CDF Premium y CDF HD, (iii) la fijación de un número de abonados mínimos garantizados supuestamente arbitrarios; y (iv) la exigencia a los cableoperadores de la adquisición y distribución de la señal CDF Básico a toda su base de clientes, como condición para poder acceder a las señales CDF Premium y/o CDF HD.

Así, por ejemplo, la FNE señala en la página 1 del Requerimiento que⁵:

⁴ Resolución de fecha 17 de octubre de 2019, dictada en el proceso contencioso Rol N° C-382-2019. Énfasis agregado.

⁵ Todos los destacados de las referencias al Requerimiento fueron agregados.

El CDF ha infringido el artículo 3 del DL 211, en sus incisos primero y segundo letra b), al abusar de su posición monopólica en el mercado de la transmisión en vivo y en directo de los encuentros deportivos del Campeonato Nacional de Fútbol Profesional (en adelante, “CNFP”), mediante el establecimiento e imposición de una serie de prácticas comerciales a los cableoperadores, **que en su conjunto configuran un modelo de negocios lesivo para la competencia**, consistentes en la limitación o el control de las promociones que los cableoperadores pueden implementar de cara al consumidor final, el establecimiento de un precio mínimo de reventa de las señales CDF Premium y CDF HD, la fijación de un número de abonados mínimos garantizados arbitrarios, y la exigencia a los cableoperadores de la adquisición y distribución de la señal CDF Básico a toda su base de clientes, como condición para poder acceder a las señales CDF Premium y/o CDF HD. Estas prácticas comerciales han podido ser impuestas a los cableoperadores en atención a la posición

Lo mismo plantea la FNE en la página 21 del Requerimiento:

IV. EL DERECHO

66. **Las prácticas comerciales implementadas y ejecutadas por el CDF en su conjunto configuran un modelo de negocios que infringe el artículo 3 del DL 211**, tanto en su inciso primero, que sanciona a todo aquel que “*ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos*”, como en la letra b) de su inciso segundo, que prohíbe:

“La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes”.

Incluso más, la FNE solicita en el numeral 2º de su peticitorio que **se ordene a mi representada a poner término inmediato a la aplicación conjunta de estas prácticas**, tal como se observa:

2. Ordenar a la Requerida poner **término inmediatamente a la aplicación conjunta** de aquellas prácticas comerciales que, en los términos descritos en el presente requerimiento, restringen o entorpecen la libre competencia o, a lo menos, tienden a producir tales efectos;

Sin embargo, en abierta contradicción con lo ya señalado, y en definitiva, con su teoría del caso o al menos en una llamativa indefinición, en el numeral 1° de su petitorio la FNE pide al H. Tribunal que **se declare que CDF infringió el artículo 3 del DL 211, al ejecutar, sin más, las conductas descritas en el Requerimiento. Así se observa claramente en dicha sección del petitorio:**

- | |
|--|
| <p>1. Declarar que la <u>Requerida ha infringido el artículo 3 del DL 211</u>, en sus incisos primero y segundo letra b), <u>al ejecutar las conductas descritas en esta presentación</u>;</p> |
|--|

Es decir, luego de señalar reiteradamente que la vulneración a la libre competencia vendría dada por la aplicación conjunta de estas prácticas (no cada una en sí misma), solicita que declare que CDF incumplió el artículo 3° del DL 211, ya no al aplicar en forma conjunta estas prácticas, sino que al simplemente ejecutar las conductas descritas.

Lo mínimo es que exista una completa concordancia, sin lugar a dudas, entre lo que desarrolla en el cuerpo de su requerimiento e incluso en su petitorio (N° 2) y aquello que indica liviana y genéricamente en otra sección del petitorio (N° 1).

La teoría del caso debe ser una y definida, sin que un vacilante petitorio pudiera permitir escenarios grises que solo perjudicarán al requerido, y especialmente a su derecho constitucional a la defensa.

H. Tribunal, esta contradicción y, por tanto, falta de definición denunciada, recae en un aspecto esencial no solo del Requerimiento, sino que del proceso en general, ya que, tal como revisamos, la Excma. Corte Suprema ha establecido que la conducta denunciada *“constituye el centro del litigio”*.

Esta contradicción e indefinición insalvable vuelve al Requerimiento en inepto e insuficiente para trabar una sana contienda entre las partes y que pueda ser resuelta correctamente por este H. Tribunal.

El debido proceso, el derecho a defensa y el principio de igualdad de armas deben cautelarse en cada momento del proceso y, especialmente, en la oportunidad que tiene la requerida de plantear sus defensas. En este sentido, el Excmo. Tribunal Constitucional ha dispuesto que: *“[e]l derecho a la defensa jurídica tiene una relación sustancial con el de igual protección de la ley en términos tales que viene a **precisar el sentido***

*y alcance de la protección que el legislador debe otorgar al ejercicio de los derechos de las personas referida al ámbito específico de la defensa jurídica de ellas ante la autoridad correspondiente*⁶ agregando que este derecho “*debe poder ejercerse, en plenitud, en todos y cada uno de los estadios en que se desarrolla el procedimiento, en los cuales se podrán ir consolidando situaciones jurídicas muchas veces irreversibles.*”⁷

En este momento, el numeral 1° del petitorio contraría el cuerpo del Requerimiento e incluso el numeral 2° del mismo, en un aspecto central de éste, cual es la supuesta conducta atentatoria de la libre competencia que se le imputa.

Lo anterior es muy relevante, ya que determinará una diferente línea de defensa, tanto fáctica, jurídica y económica, la incorporación de distintos medios de prueba, etc. Es decir, se afecta aquello esencial que consagra la garantía constitucional del derecho de defensa.

Pero incluso más, esta indefinición podrá ser aún más agravante e injusta para esta parte si contestáremos el Requerimiento alegando la improcedencia de que la aplicación conjunta de las mencionadas prácticas comerciales vulneraría el DL 211 y luego la FNE *acomode* su tesis del caso, ya sea por su impertinencia o falta de prueba, y solicite, en cambio, que se sancione a mi representada solo por la ejecución individual de alguna de las cuatro prácticas comerciales descritas.

(ii) La FNE no define la época en que se habría verificado el comienzo de la aplicación conjunta de las prácticas comerciales que denuncia como supuestamente nocivas para la libre competencia – Señala simplemente que su incorporación fue paulatina.

En efecto, la FNE simplemente plantea que desde el año 2006, fecha en que se creó la Señal Básica de CDF, la requerida habría “impuesto” paulatinamente (pero, contradictoriamente, supuestamente de forma permanente) las prácticas comerciales que, aplicadas en su conjunto, configurarían un modelo lesivo para la competencia, pero nunca señala cuándo comienza la aplicación conjunta de ellas, momento a partir del cual este “modelo” sería supuestamente motivo de reproche en esta sede.

Por ejemplo, al describir los hechos que motivan el Requerimiento señala⁸:

⁶ Sentencia de fecha 28 de enero de 2008, dictada en los autos Rol N° 1001, c°16 a 19. Énfasis agregado

⁷ Sentencia de fecha 17 de junio de 2006, dictada en los autos Rol N° 376, c°37. Énfasis agregado

⁸ Página 4 del Requerimiento.

II. HECHOS QUE MOTIVAN EL REQUERIMIENTO

10. Según los antecedentes recopilados durante la Investigación, al menos desde la creación de CDF Básico en el año 2006, **la Requerida ha implementado de forma paulatina y ejecutado de manera permanente distintas prácticas comerciales que ha impuesto a los cableoperadores, las que aplicadas en su conjunto configuran un modelo de negocios lesivo para la competencia.** Tales prácticas comerciales, en su conjunto: (i) disminuyen considerablemente la rivalidad entre los cableoperadores respecto de las señales CDF Premium y CDF HD; y, (ii) extraen rentas sobre toda la base de clientes de los

Esta forma de exponer los hechos del Requerimiento no cumple con aquella exigencia que reiteradamente ha establecido este H. Tribunal al efecto, cual es “(i) la descripción **suficientemente clara** de los antecedentes del caso, de las conductas imputadas y **de la época en que éstas tuvieron lugar...**”⁹

Como lo requerido es un modelo de negocios configurado por la conjunción de cuatro prácticas comerciales, **es indispensable que la FNE describa de manera clara y determinada, tanto la época en que se habría verificado el comienzo de la aplicación conjunta de las prácticas que forman parte de ese modelo de negocios;** como la época en que considera que la supuesta imposición de esas prácticas comerciales pasó a constituir el abuso de posición dominante que acusa.

La explicitación de lo anterior no sólo es indispensable para comprender cabalmente el Requerimiento, sino que, además, es necesaria para salvar la contradicción actual, en que la FNE por una parte señala que estas prácticas habrían sido implementadas desde el año 2006; y, por otra, que la supuesta imposición de estas prácticas habría sido de manera paulatina, esto es, poco a poco.¹⁰

De esta forma, bien cabe preguntarse ¿a qué se está refiriendo la FNE cuando se refiere a una supuesta e hipotética implementación paulatina de las prácticas que denuncia? ¿Qué es paulatino para la FNE, días, meses, años?

⁹ Resolución de fecha 17 de octubre de 2019, dictada en el proceso contencioso Rol N° C-382-2019. Énfasis agregado.

¹⁰ El adjetivo paulatino(na) deriva del latín *paulātim*, es decir, 'poco a poco', y es definido por la Real Academia Española como “**Que procede, obra o se produce despacio o lentamente.**”¹⁰, por lo que la posible ocurrencia de estos hechos paulatinos no refiere a un momento exacto o fijo, sino que se vincula a una concatenación de actos que se van sucediendo lentamente uno a otro, sin que pueda derivarse un momento o época suficientemente clara de verificación

Es injusto que deba ser el requerido quien deba intentar desentrañar aquello que intenta señalar la FNE, más aún respecto de un elemento esencial como es la oportunidad en que se habrían ejecutado las conductas objeto de la acción.

Son múltiples las interrogantes que quedan de la lectura del Requerimiento y todas ellas son en perjuicio del derecho a defensa de CDF. Esperamos que este H. Tribunal entienda que ello no es aceptable en la especie.

Esta ineptitud y falta de claridad cuesta comprenderla si se considera que en el marco de la muy extensa investigación que llevó a cabo la FNE en el desarrollo del proceso Rol FNE N° 2418-17, ésta **accedió a todos y cada uno de los contratos que CDF ha celebrado con los diferentes cable operadores** desde el inicio de su relación contractual con éstos, por lo que **está en condiciones de señalar de manera precisa tanto el momento u oportunidad en que se habrían ido implementando paulatinamente las distintas prácticas comerciales**, como, especialmente, **la época a partir de la cual la FNE considera que el establecimiento y supuesta imposición de este conjunto de prácticas comerciales comenzó a configurar un modelo de negocios lesivo para la competencia.**

La opacidad e indefinición del Requerimiento determina que deba acogerse la presente excepción dilatoria, tal como ya lo hizo el H. Tribunal al conocer de una defensa de forma como la de autos, donde estableció *“Decimoséptimo: Que, por lo tanto, las demandas tampoco son lo suficientemente claras en exponer la época en que se habría comenzado a cometer la conducta imputada ni el hecho que le habría dado origen, por lo que también será acogida, en esta parte, la excepción dilatoria de ineptitud del libelo opuesta por el Banco Estado;”*¹¹

Esta indeterminación temporal es tremendamente importante, ya que **afecta de manera sustancial el derecho de defensa de esta parte en aspectos tan centrales como:**

- En qué momento se habría verificado la conducta anticompetitiva denunciada. Porque considerando que la conducta imputada por la FNE corresponde a un modelo de negocios configurado por la conjunción de cuatro prácticas comerciales, éste solo podría verificarse una vez que todas y cada una de estas prácticas estuvieren en aplicación simultánea.

¹¹ Resolución de fecha 17 de octubre de 2019, dictada en el proceso contencioso Rol N° C-382-2019. Énfasis agregado.

- La oposición al Requerimiento de una excepción de prescripción. Porque conforme establece el artículo 20 del DL 211, el plazo que dicha norma consagra comienza a correr desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia, cuestión que no define suficientemente el Requerimiento.
- La defensa respecto de la multa pretendida por la FNE. Porque, por una parte, el artículo 26 letra c) del DL 211 establece que para la determinación de la multa se considerará el eventual beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, que por cierto será diferente dependiendo de la extensión del espacio de tiempo en que pudo verificarse la conducta, y por otra parte, porque el propio Requerimiento establece que *“al momento de determinar la sanción a aplicar, es necesario considerar la duración de las prácticas anticompetitivas impuestas por CDF...”*

De esta forma, la presente ineptitud no solo afecta a mi representada, sino que al propio H. Tribunal, el que se verá impedido de enmarcar la discusión dentro de un determinado espacio de tiempo.

Adicionalmente, estas contradicciones e indefiniciones vulneran el **principio de congruencia** consagrado en el artículo 160 del CPC, que dispone que *“Las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso, y no podrá extenderse a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio.”*¹²

Sobre dicho principio, la Excm. Corte Suprema ha dicho que: *“apunta a la conformidad que ha de existir entre la resolución expedida por el órgano jurisdiccional y las pretensiones que los contendientes expusieron oportuna y formalmente en sus escritos fundamentales agregados al proceso, que guarda estrecha conexión con otro dogma formativo del mismo: el dispositivo, que se traduce en que **el juez debe acotar su pronunciamiento tan sólo a lo que ha sido pedido por aquéllos.**”*¹³

¹² Énfasis agregado

¹³ Sentencia dictada por la Excm. Corte Suprema con fecha 9 de enero de 2018, causa Rol N° 15.596-2017. Énfasis agregado.

Si no existe claridad sobre la conducta ilícita que se imputa, mal puede el H. Tribunal dictar sentencia sin correr un serio peligro de infringir el principio de congruencia. No es labor ni obligación de este H. Tribunal desentrañar qué es en realidad lo pretendido por el persecutor, sino que es responsabilidad y carga de la FNE definir claramente cuál es el objeto de su acción.

Por lo expuesto, corresponde que la FNE enmiende y solucione esta ineptitud del Requerimiento denunciada.

(iii) **El Requerimiento no define claramente cuáles serían los supuestos efectos anticompetitivos, sin siquiera definir si ellos se verificaron o son solo potenciales**

Cuando la FNE señala difusamente que aquel supuesto modelo de negocios lesivo para la libre competencia se ha venido implementando paulatinamente desde el año 2006¹⁴, es decir, hace 14 años, **lo mínimo exigible es que pueda señalar si dicho modelo produce efectos anticompetitivos o solo tiende a producirlos.**

Este H. Tribunal estará conteste en que en estos 14 años, más aun luego de extensos procedimientos de investigación respecto a la actividad comercial de CDF llevados a cabo por la FNE, cuesta comprender que se formule un requerimiento simplemente señalando que se estaría ante un modelo que produce o tiende a producir efectos anticompetitivos. Menos cuando se pretende la aplicación de la sanción individual más alta en sede de libre competencia en Chile, precisamente respecto de una supuesta conducta de abuso unilateral que genera eficiencias y beneficios.

El Requerimiento se transforma en inepto desde el momento en que la FNE no define cuáles serían los supuestos efectos anticompetitivos que se vincularían a la conducta denunciada y si éstos se verificaron en el mercado relevante o son solo potenciales.

Nuevamente se trata de un aspecto central de la discusión y de aquello que se imputa a CDF y no simples cuestiones accesorias. ¿Han existido efectos anticompetitivos o simplemente existe una potencialidad que se ha extendido por 14 años?

Bien sabe el H. Tribunal que el inciso primero del artículo 3° del DL 211 señala que: *“El que ejecute o celebra, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que*

¹⁴ Página 2 del Requerimiento

impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley...¹⁵

Mientras que la Excma. Corte Suprema ha establecido que: *“SEXTO: Que, en consecuencia y al tenor de lo hasta aquí manifestado, para que se verifique la conducta reprochada a la demandada, vale decir, el abuso de posición dominante contemplado en el artículo 3 del Decreto Ley N° 211, resulta indispensable que se acrediten a lo menos las siguientes circunstancias: que la reclamada ostente, de manera efectiva y respecto de un mercado relevante determinado, una posición dominante o poder de mercado; que haga un uso abusivo de esa posición y, por último, los efectos de tal proceder en ese específico mercado.”¹⁶*

Es decir, una de las condiciones o elementos necesarios para que una conducta pueda ser calificada como anticompetitiva es que la misma produzca efectivamente efectos nocivos en el mercado relevante o tienda a producir tales consecuencias. Tal es así, que la propia FNE señala aquello en la página 22, párrafo N° 68 de su Requerimiento.

Para que estemos ante un requerimiento apto en relación con el artículo 20 del DL 211, éste debe indicar en forma clara y determinada cuales serían estos efectos anticompetitivos de la conducta imputada y si los mismos se produjeron o son potenciales. No basta con enunciar lo prescrito en la ley, dejando abierta las dos posibilidades.

A pesar de que la ley exige claridad, la FNE es vacilante al definir si la conducta imputada ha producido o solamente ha tendido a producir efectos contrarios a la sana competencia en el mercado relevante, pese a tratarse de una conducta que se vendría ejecutando desde el año 2006, según señala vagamente la FNE.

Por una parte, no define si los efectos se materializaron o no, tal como se aprecia en los siguientes pasajes del Requerimiento:

¹⁵ Énfasis agregado.

¹⁶ Sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema con fecha 8 de enero de 2018, causa Rol N° 58.909-2016, c° 6. Énfasis agregado.

B. Las conductas deben producir efectos contrarios a la libre competencia, o, al menos, tender a producirlos

72. Las prácticas comerciales objeto de este requerimiento han producido o tendido a producir efectos contrarios a la libre competencia en los términos exigidos por el DL 211. Es relevante hacer presente, H. Tribunal, que, como se explicará, los reales efectos y riesgos de las prácticas de la Requerida deben evaluarse a partir de su análisis en conjunto⁵².

90. Por otra parte, atendidos los perniciosos efectos y riesgos que las prácticas comerciales impuestas por el CDF a los cableoperadores generan para la libre competencia, se solicita al H. Tribunal que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 26 del DL 211, ordene a la Requerida poner término inmediatamente a la aplicación conjunta de aquellas prácticas comerciales que, en los términos descritos en el presente requerimiento, restringen o entorpecen la libre competencia o, a lo menos, tienden a producir tales efectos.

Y, por otra parte, de manera contradictoria, denuncia que los supuestos efectos sí se materializaron en el mercado relevante:

80. En suma, y en mérito de lo expuesto, H. Tribunal, esta Fiscalía considera que las distintas conductas imputadas han producido graves efectos contrarios a la competencia y, al no estar justificadas suficientemente, deben ser sancionadas conforme al DL 211.

¿De qué debe defenderse mi representada? ¿Debe considerar que la conducta imputada produjo efectos anticompetitivos o éstos son solo potenciales? ¿Cuál es la naturaleza de los efectos anticompetitivos supuestamente acaecidos?¹⁷

Como el H. Tribunal bien sabe, el inciso primero del artículo 3° del DL 211 dispone que *“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley...¹⁸ demostrando el carácter excluyente de ambas circunstancias.*

¹⁷ En gran parte del Requerimiento la FNE alega (i) “la inhibición de la competencia intra-marca aguas abajo” y (ii) “la extracción de renta de toda la base de suscriptores de los cableoperadores” (p. 23), siendo que en algunas secciones hace referencias a efectos de índole diferente, tales como (i) “que, en los hechos, pudiera llegar a producirse una especie de asignación exclusiva de clientes por parte del CDF” o (ii) “esta práctica comercial tiende a restringir la posibilidad de los cableoperadores de cobrar un precio más bajo por su grilla básica o de realizar otra acción comercial que pudiera beneficiar a los consumidores como, por ejemplo, mejorar la parrilla programática básica” (p. 12).

¹⁸ Énfasis agregado

Es decir, **la FNE debe definir clara y determinadamente si la conducta imputada produjo efectos nocivos para la sana competencia o éstos son solo potenciales.** De lo contrario, el libelo es inepto a la luz del artículo 20 del DL 211.

Solo de esta forma mi representada conocerá efectivamente aquello que se le imputa y podrá contestar debidamente el Requerimiento y defenderse con igualdad de armas en este proceso, ya que coincidirá el H. Tribunal que no es lo mismo defenderse de la imputación de una conducta que ha producido efectos anticompetitivos en el mercado que de otra que tendería a producir dichos efectos, especialmente, si se denuncia la realización conjunta de 4 prácticas cuya ejecución paulatina dataría de 2006.

2. SEGUNDA RAZÓN QUE DETERMINA LA INEPTITUD DEL REQUERIMIENTO: NO ENUNCIA EN FORMA PRECISA Y CLARA SUS PETICIONES, AL NO SEÑALAR LAS “MEDIDAS PREVENTIVAS, CORRECTIVAS O PROHIBITIVAS” QUE PRETENDE QUE SE IMPONGAN A CDF – INFRACCIÓN ARTÍCULO 20 DEL DL 211 Y 254 N°5 DEL CPC

Este H. Tribunal ha dispuesto que: *“el inciso segundo del artículo 20 del D.L. N° 211 dispone que el requerimiento o demanda, además de cumplir con lo dispuesto en el artículo 254 del CPC, debe contener la exposición clara y determinada de los hechos, actos o convenciones que infringirían dicho decreto ley e indicar los mercados en los que incidiría la presunta infracción.”*¹⁹

Por su parte, el artículo 254 N°5 del CPC, sostiene expresamente que una demanda (Requerimiento) debe contener: *“5°. La enunciación **precisa y clara**, consignada en la conclusión de las **peticiones que se sometan al fallo del tribunal.**”*²⁰

El Requerimiento no cumple con el precepto antes mencionado, porque el numeral 4° de su petitorio es absolutamente indeterminado, ya que en él no se enuncia en forma precisa y clara las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que pretende que se impongan a CDF:

¹⁹ Resolución de fecha 17 de octubre de 2019, dictada en el proceso contencioso Rol N° C-382-2019. Énfasis agregado.

²⁰ Énfasis agregado

4. Ordenar a la Requerida la adopción de todas las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que estime del caso disponer, en especial aquellas que busquen reducir a futuro el poder de negociación de la Requerida en sus relaciones comerciales con los cableoperadores; y,

H. Tribunal, de acuerdo con este petitorio, nos debemos preguntar:

- ¿Cuáles serían todas aquellas medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que podrían imponerse a mi representada?
- ¿Cuáles serían todas aquellas medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que buscarían reducir a futuro el poder de negociación de CDF en sus relaciones comerciales con los cableoperadores?
- ¿Cuáles son las medidas solicitadas por la FNE que determinarían la competencia de este H. Tribunal?
- Frente a tamaña indefinición ¿De qué medidas tendríamos que defendernos al contestar el Requerimiento y, en general, a lo largo del proceso?
- ¿Cómo podrá el H. Tribunal respetar el principio de congruencia procesal consagrado en el artículo 160 del CPC –norma de orden público– ante una solicitud tan ambigua?

Preguntas todas sin respuestas, y cuya falta de determinación afecta a mi representada en su elemental derecho a la defensa, transgrediendo además el principio de la bilateralidad de la audiencia que gobierna todo procedimiento.

La gravedad de esta indeterminación se incrementa, al menos por las siguientes razones:

- Porque el numeral 4° del petitorio simplemente permanecerá incierto y sin definición de sus contornos básicos hasta la dictación de la sentencia definitiva, ya que solo en ese momento el H. Tribunal podría eventualmente determinar qué medidas sería procedente aplicar a esta parte;
- Porque el artículo 3° inciso primero del DL 211 no precisa aquellas medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que pueden imponerse a quien infringe la legislación antimonopólica; y
- Porque el H. Tribunal al dictar, a modo de ejemplo, las sentencias N°145/2015, N°148/2015 y N°165/2018 ha impuesto como medida

preventiva, correctiva o prohibitiva la adopción de un programa de cumplimiento y ética en materia de libre competencia que cumpla con las directrices fijadas por la FNE²¹, pero no alguna que busque reducir a futuro el poder de negociación de un requerido respecto de terceros, por lo que CDF mal podría proyectar cual podría ser aquella que pretende la FNE o que pudiera determinar el H. Tribunal.

Confirma esta ineptitud del Requerimiento, el que, en otros procesos, **la FNE sí ha precisado aquella medida preventiva, correctiva o prohibitiva que solicita imponer al requerido.** Por ejemplo, en el proceso contencioso **Rol N° C-361-2018** solicitó expresamente en el numeral 4° del petitorio de su requerimiento “Ordenar a las Requeridas elaborar e implementar un Manual o Código Interno por medio del cual se adoptarán medidas tendientes a desincentivar toda conducta que pueda considerarse contraria a la libre competencia en el mercado del transporte de pasajeros y evitar contactos indebidos con competidores.”²²

Incluso, al dictar recientemente en dicha causa la Sentencia N°175/2020, el H. Tribunal accedió a la aludida petición en los términos precisos solicitados, sin extenderse a aspectos no solicitados por la FNE, ya que resolvió “se ordenará a las Requeridas la elaboración de un manual o código interno de conducta, en el cual se adopten medidas tendientes a desincentivar toda conducta contraria a la libre competencia y evitar contactos indebidos con competidores...”²³

Adicionalmente a ello, la precisión de la Requirente es imprescindible, porque no se trata de un proceso no contencioso de Consulta regido por el artículo 18 N°2, en relación con el artículo 31 del DL 211, en el que, tal como ha identificado la Excm. Corte Suprema y este H. Tribunal, al dictar la correspondiente resolución de término no se encuentra limitado por las medidas propuestas por la consultante, libertad que no es aplicable en un procedimiento como el de la especie, regido por el artículo 20 y siguientes del mismo cuerpo legal.

Lo hasta aquí expuesto es relevante, ya que las peticiones establecidas en el Requerimiento configuran el marco normativo y fáctico indispensable para que los litigantes puedan ejercer, entre otros, su derecho de defensa y, además, permite al H. Tribunal determinar su competencia y la materia sobre la cual debe resolver.

²¹ En la "Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia" (material de promoción N° 3) de fecha junio de 2012.

²² Énfasis agregado.

²³ Sentencia de fecha 21 de diciembre de 2020. Énfasis agregado

Al efecto, la Excm. Corte Suprema ha establecido que: *“OCTAVO: Que tanto la doctrina como la jurisprudencia concuerdan en que **el presupuesto de las peticiones concretas obedece a dos claros propósitos que no pueden dejar de cumplirse, a saber: a) el de fijar de manera perfectamente delimitada la extensión de competencia del tribunal superior** porque no podrá pronunciarse sino sobre aquellos extremos que se ofrecieron por el reclamante en las correspondientes peticiones; y b) **asegurar la efectiva vigencia del aforismo de bilateralidad de la audiencia**, es decir, consentir que cada litigante conozca oportunamente las pretensiones de la contraria y sus fundamentos. Sólo así el proceso será, en esencia, un método de debate.”*²⁴

Lo expuesto demuestra que el numeral 4° del petitorio del Requerimiento no cumple con la exigencia del numeral 5 del artículo 254 del CPC, **razón por la cual debe necesariamente ser precisado por la FNE** para lograr trabar una relación procesal sana y justa.

En consecuencia, la presente excepción dilatoria de ineptitud del libelo debiese ser acogida, ya que, sin una adecuada corrección del Requerimiento por parte de la FNE, y de la deliberada indefinición en aspectos esenciales, se dejará a esta parte en una manifiesta indefensión.

De no acogerse la presente excepción dilatoria se obligará a mi representada a defenderse de escenarios que incluso la FNE no ha considerado, pero que son posibles bajo su inepto Requerimiento, dejando a dicho organismo público en una situación de injusta ventaja por sobre CDF.

POR TANTO,

En mérito de lo expuesto, los términos del Requerimiento y las disposiciones legales aplicables, principalmente el artículo 20 del DL 211 y los artículos 254 N°4 y N°5 y 303 N°4 del Código de Procedimiento Civil,

PIDO AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA: Tener por opuesta excepción dilatoria de ineptitud del libelo respecto del Requerimiento deducido por la Fiscalía Nacional Económica, folio 4 de autos, admitirla a tramitación y acogerla, ordenando al requirente que subsane su Requerimiento en los

²⁴ Sentencia dictada por la Excm. Corte Suprema con fecha 5 de noviembre de 2014, causa Rol N°17249-2013. Énfasis agregado.

términos expuesto en este escrito, con expresa condenación en costas en caso de existir oposición.

OTROSÍ: De conformidad a las facultades que se me otorgan en escritura de personería ya acompañada en presentación de 22 de diciembre de 2020, vengo en designar como abogados patrocinantes y en conferir poder a los señores José Miguel Gana E. y Juan Cristóbal Gumucio Sch. y en conferir poder a los abogados señores Rubén Urrutia P., Mario Garfias G. y José Manuel Donoso B., todos domiciliados, para los efectos del artículo 49 del CPC, en calle Magdalena 140, oficina 1201, comuna de Las Condes, quienes podrán actuar conjunta o separadamente y firman junto a mí en señal de aceptación.

POR TANTO,

PIDO AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA: Tenerlo presente.

**JOSE
MIGUEL
GANA
EGUIGUREN**
Firmado digitalmente por
JOSE MIGUEL
GANA EGUIGUREN
Fecha: 2021.01.18
11:16:57 -03'00'

**JUAN
CRISTOBAL
GUMUCIO
SCHONTHALER**
Firmado digitalmente por JUAN
CRISTOBAL GUMUCIO SCHONTHALER
Nombre de reconocimiento (DN):
c=CL, o=E-Sign S.A., ou=Terms of use
at www.esign-la.com/
acuerdoterceros, cn=JUAN
CRISTOBAL GUMUCIO SCHONTHALER,
email=jcgumucio@cariola.cl
Fecha: 2021.01.18 13:45:37 -03'00'

**MARIO
ALFREDO
GARFIAS
GONZALEZ**
Firmado digitalmente por
MARIO ALFREDO
GARFIAS
GONZALEZ
Fecha: 2021.01.18
11:17:23 -03'00'

**RUBEN
URRUTIA
PULIDO**
Firmado digitalmente por
RUBEN URRUTIA
PULIDO
Fecha: 2021.01.18
11:21:05 -03'00'

**JOSE MANUEL DONOSO
BERNALES
2021.01.18 11:33:01
-03'00'**