

RECURSO DE RECLAMACIÓN

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

CRISTIÁN R. REYES CID, abogado, en representación de **SOCOFAR S.A.**, en autos no contenciosos caratulados **“Consulta de Socofar S.A. sobre condiciones de comercialización de productos de los laboratorios farmacéuticos a sus clientes”**, Rol NC-490-2021, a este H. Tribunal respetuosamente digo:

Dentro de plazo legal y conforme lo dispuesto por el artículo 27 del Decreto Ley N° 211 (“DL 211”), vengo en interponer Recurso de Reclamación contra la resolución de término dictada por V.S. con fecha 18 de marzo de 2021, notificada a esta solicitante por el estado diario de misma fecha, mediante la cual fue declarado inadmisibile el asunto no contencioso interpuesto por Socofar S.A. en estos autos por considerarlo un asunto de naturaleza supuestamente contenciosa, solicitando a este H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (indistintamente, el “H. Tribunal”) tener por interpuesto el presente recurso y concederlo para ante la Excm. Corte Suprema, con el objeto que dicho Tribunal Superior, conociendo del mismo y en ejercicio de sus facultades, lo acoja en todas sus partes, dejando sin efecto la resolución recurrida y declarando que la Consulta presentada por Socofar S.A. debe ser declarada admisible, con el objeto que se conozca la situación de mercado expuesta en la misma y se declare si ésta es o no conforme con la libre competencia y, si procediere, se fijen las condiciones o medidas que allí se proponen, o aquellas que se determinen pertinentes, para su aplicación en lo sucesivo.

I. Objeto del Recurso interpuesto

El presente recurso se deduce en atención que, a juicio de esta consultante, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha incurrido en evidentes faltas y errores al no admitir a tramitación la Consulta que se sometió a su consideración, (i) infringiendo el tenor y alcance del artículo 18 N°2 del DL 211; (ii) alterando gravemente el contenido y mérito de la Consulta formulada, otorgándole un inexistente carácter contencioso, y (iii) deponiendo el ejercicio de la potestad consultiva que le entrega el legislador para el resguardo de la libre competencia, con el consiguiente impedimento para Socofar S.A. de obtener aquella certeza jurídica que legítimamente pretende en este asunto no contencioso.

La gravedad de la resolución recurrida radica en que, en la práctica, cercenó la facultad de aquel que tiene *interés legítimo* para consultar al H. Tribunal sobre hechos, actos o contratos existentes, ya que, en su concepto, la sola circunstancia de que estos pudieren infringir el DL 211, supuestamente los convertiría en un asunto de carácter contencioso y, por tanto, el camino idóneo sería -a su juicio- obligar a Socofar S.A. a deducir una demanda que persiga la sanción de los mismos.

En otras palabras, conforme a lo señalado en la resolución recurrida, solo podrían ser sometidos al procedimiento no contencioso aquellos hechos, actos o contratos que no podrían infringir la libre competencia; cuestión que nos parece enteramente errada conforme al texto expreso del DL 211, el cual de manera expresa señala que pueden sujetarse a él los actos, contratos y hechos existentes “que puedan infringir las disposiciones de esta ley”¹.

Debido a tan clara contravención legal y fáctica, es que se hace necesario un pronunciamiento de la Excm. Corte Suprema que enmiende la resolución recurrida y que, consecuentemente, vele por las garantías de tutela judicial que asisten a mi representada, conforme al artículo 19 N°3 de la Constitución Política.

II. Antecedentes del presente asunto no contencioso

1. La solicitud formulada por Socofar S.A.

Tal como consta en autos, Socofar S.A. interpuso ante V.S. un asunto no contencioso con el fin de que el H. Tribunal, ejerciendo las facultades que el DL 211 le confiere, se pronuncie acerca de si -en los hechos- el trato diferenciado otorgado por los laboratorios farmacéuticos que operan en el mercado, en la determinación del precio de sus productos a clientes públicos y privados que participan en el segmento de distribución farmacéutica, se encuentra o no conforme con la libre competencia, de acuerdo a las condiciones de mercado involucradas; estableciendo -si procediere- las condiciones que las aludidas empresas deberán cumplir a este respecto.

Lo anterior, agrega la misma Consulta, “en atención a que -tal como la misma Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) pudo constatar en el Estudio de Mercado al que haremos referencia más adelante- no se ha apreciado la existencia de fundamentos explícitos, claros o evidentes que expliquen las diferencias de criterio aplicadas por los laboratorios entre sus diversos clientes”.

¹ El destacado en esta y otras citas, es nuestro.

En relación a la situación fáctica consultada, Socofar S.A. se vio en la necesidad de iniciar el presente procedimiento no contencioso, toda vez que no cuenta con la necesaria y mínima certeza respecto de cuáles son los criterios aplicados -en los hechos- por los laboratorios farmacéuticos en la determinación del precio de sus productos a clientes públicos y privados, si ellos cumplen o no la normativa de libre competencia y si es necesaria la aplicación de medidas que rijan en lo sucesivo el actuar de los laboratorios farmacéuticos, empresas que -hasta el momento- no han entregado ante el H. Tribunal fundamentos ciertos y concretos que permitan explicar el trato diferenciado que otorgan a sus clientes públicos y privados al momento de comercializar medicamentos idénticos en formato, presentación y características.

En otros términos, el propósito del asunto no contencioso interpuesto no ha sido imputar conducta anticompetitiva alguna, como expresamente se indica en sus páginas 16 y siguientes, sino que -de buena fe- se ha querido someter a consideración de V.S. el sistema de comercialización diferenciado implementado por los laboratorios, *“a efectos de que se emita un pronunciamiento a su respecto a la luz del DL 211 y que -si el H. Tribunal lo estima necesario- se fijen las condiciones que deban ser cumplidas en esta materia. Ello, en orden a obtener claridad y certeza respecto de los criterios aplicados -en los hechos- por los laboratorios farmacéuticos en la determinación del precio de sus productos a clientes públicos y privados, y la conformidad o no de dicha aplicación práctica con la libre competencia”*.

Por consiguiente, al tenor de la consulta, se advierte que aquello pedido al H. Tribunal es la declaración de la conformidad o no a la libre competencia de un determinado comportamiento y, en su caso, la adopción de medidas hacia futuro que tienen por objeto corregir o prevenir.

En otras palabras, en estos autos no se ha imputado ilícitos ni se han solicitado al H. Tribunal la declaración de la contrariedad a derecho de ciertas conductas pasadas, ni tampoco la imposición de sanciones, puesto que solo se han identificado posibles riesgos para la libre competencia y se han solicitado medidas respecto de la situación fáctica sometida al análisis del Tribunal, para que -de no estimarse acorde a la libre competencia- el H. Tribunal establezca las medidas necesarias para tutelar a futuro ese bien jurídico.

2. La resolución de término recurrida

Como consta en el proceso, mediante resolución de 18 de marzo de 2021, objeto del presente recurso de reclamación, el H. Tribunal decidió no dar tramitación al asunto no contencioso

formulado, toda vez que -a su juicio- este se trataría de un juicio contencioso, debiendo por ende tramitarse conforme a un procedimiento de estas características, fundando esa calificación en lo siguiente:

“Octavo: *Que, no obstante que Socofar presenta el trato diferenciado de los laboratorios como un asunto no contencioso, lo cierto es que, como se observa en los planteamientos que realiza en su consulta, en los hechos reprocha el cobro, por parte de laboratorios que gozarían de poder de mercado, de precios diferenciados a distintos clientes, en su desmedro, vale decir, imputa la existencia de un trato discriminatorio, lo que envuelve una contienda. A mayor abundamiento, la consultante manifiesta que dicho trato no estaría justificado en razones económicas (folio 7, páginas 9, 14 y 15), lo que podría impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a ello, en los términos del artículo 3° del D.L. N° 211 (...)”.*

“Décimo: *Que, por consiguiente, el asunto sometido a conocimiento de este Tribunal por parte de Socofar para el ejercicio de la potestad consultiva que contempla el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211, contiene alegaciones de naturaleza tal que sólo podrían ser conocidas en un procedimiento contencioso, lo que hace que sea improcedente iniciar el procedimiento no contencioso a que se refiere el artículo 31 de dicho cuerpo legal”.*

En síntesis, la resolución impugnada intenta sostener tres argumentos principales:

- (i) Que es la naturaleza del asunto y no la voluntad de las partes lo que determina si un asunto es contencioso o no; lo que ciertamente compartimos, aunque teniendo muy en claro que una solicitud de pronunciamiento con fines prospectivos como la de autos, mirando al futuro con fines de certeza, de modo alguno tiene la aptitud de dar inicio a un asunto contencioso.
- (ii) Que pese a que -en la especie- el asunto se presenta como no contencioso, se estaría reprochando a agentes con poder de mercado un trato discriminatorio, lo que envolvería una contienda; lo que claramente yerra, al no considerar que la Consulta interpuesta en absoluto imputa, reprocha, ni persigue sancionar; de modo que la referencia que hace al comportamiento y al poder de mercado son condiciones para dar relevancia al asunto desde un punto de vista de libre competencia y de competencia del H. Tribunal para conocer de él, conforme al artículo 18 N° 2 del DL 211.
- (iii) Que -de seguirse un no contencioso- en este caso se estaría lesionando la garantía de un justo y racional procedimiento; lo que tampoco es efectivo, puesto que existen diversas

formas de regulación posibles y el solo hecho de que no siempre se sigan las reglas del juicio contencioso no conlleva una afectación a esa garantía. Lo contrario llevaría a concluir que todos los demás procedimientos no son racionales y justos, lo que ciertamente sería un absurdo.

Así las cosas, y tal como se analizará con detalle, al resolver de esta forma el H. Tribunal, ha incurrido en claras faltas y errores, que hacen necesario que la resolución recurrida sea enmendada por la Excma. Corte Suprema.

III. Faltas y errores de la resolución de término recurrida

En términos concretos, la resolución recurrida incurre en los siguientes faltas y errores principales, a los que nos referiremos seguidamente:

- (i) Infringe el deber del H. Tribunal de velar por la libre competencia en los mercados.
- (ii) Infringe el contenido y alcance del artículo 18 N°2 del DL 211.
- (iii) Califica los hechos, actos y contratos cuya revisión se solicita, el carácter de infracción al DL 211.
- (iv) Invoca infundadamente que el inicio del procedimiento no contencioso podría vulnerar la exigencia constitucional de un justo y racional procedimiento.
- (v) Vulnera lo resuelto por la Excma. Corte Suprema sobre la materia.
- (vi) Desconoce que la Consulta de autos no tiene naturaleza de contenciosa.
- (vii) No considera lo señalado en el petitorio de la Consulta, que no contiene pretensiones sancionatorias.
- (viii) Soslaya que, en la especie, se han cumplido todos los requisitos para decretar la admisibilidad del presente asunto no contencioso.
- (ix) Implica, en definitiva, una infracción al principio constitucional de inexcusabilidad que rige a todos los Tribunales de la República.

(i) La resolución impugnada infringe el deber del H. Tribunal de velar por la libre competencia en los mercados

Al no admitir a tramitación el asunto no contencioso formulado por Socofar S.A., la resolución recurrida infringe el deber de este H. Tribunal de velar por el bien jurídico protegido por el DL 211, mediante mecanismos que no solo implican el inicio de acciones contenciosas, sino también de asuntos no contenciosos como el solicitado en la especie.

Cabe recordar, primeramente, que el artículo 1° del DL 211 dispone que:

“La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados.

“Los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidas, prohibidas o reprimidas en la forma y con las sanciones previstas en esta ley”.

Seguidamente, el artículo 2° del mismo DL expresa que: *“Corresponderá al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y a la Fiscalía Nacional Económica, en la esfera de sus respectivas atribuciones, dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados”.*

En el mismo sentido, el artículo 5° del DL 211 dispone que: *“El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia”.*

Y luego, entre muchas otras disposiciones, el artículo 18 N° 2 de la referida norma señala que: *“El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes:*

“2) Conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos”.

Tal como es posible advertir, el texto legal es claro en cuanto a que es al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a quien le corresponde aplicar el DL 211, precisamente para resguardar y defender este bien jurídico y, conforme a ello, no sólo debe prevenir, corregir y sancionar los atentados contra la libre competencia aplicando sanciones, sino también haciendo uso de la función preventiva y correctiva que el Legislador le ha encomendado.

En esta sede y para alcanzar la tutela de ese bien jurídico, la ley ha dotado al H. Tribunal tanto de facultades *jurisdiccionales* (referida a los asuntos contenciosos) como

administrativas (relativas a los asuntos no contenciosos), y en relación con estas últimas el Tribunal Constitucional ha llegado a señalar:

“Que si bien la mayoría de los tribunales conocen también de asuntos administrativos, cabe recalcar que en el caso preciso del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia las atribuciones que se enmarcan dentro de dicha especie son tan relevantes para la realización de su cometido, esto es, la defensa de la libre competencia, como las atribuciones jurisdiccionales”².

Pues bien, el asunto no contencioso presentado por Socofar S.A. tiene precisamente por objeto resguardar la libre competencia en el mercado relevante de la distribución de productos farmacéuticos, sometiendo a consideración del H. Tribunal los antecedentes reseñados en la referida Consulta atendida la incertidumbre referida a su calificación y con miras a obtener una declaración de certeza y eventuales medidas de prevención y corrección a futuro, sin que se haya imputado comportamiento anticompetitivo alguno ni pretendido su sanción.

Así las cosas, dado el deber del H. Tribunal de defender la libre competencia en los mercados, es que la también llamada *potestad consultiva* que le asiste, le permite -frente a hechos, actos o contratos que pudieren infringir el DL 211- *“advertir sobre las consecuencias nocivas para la libre competencia de la persistencia en un hecho, acto o contrato ya ejecutado o celebrado, solicitándose que aquél cese o éstos sean terminados o bien, de perseverarse en los mismos, éstos sean ajustados a ciertas condiciones que establecerá el propio Tribunal Antimonopólico”*³.

En ese mismo sentido, y sin que una posible infracción al DL 211 implique el inicio de un asunto contencioso, *“en ejercicio de la denominada potestad consultiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para absolver consultas conducentes a otorgar certeza mínima a los actores del mercado al calificar o determinar la eventual contradicción entre un hecho, acto o convención singular y la libre competencia apreciada en un mercado relevante concreto. No tiene por finalidad sancionar un injusto monopolio específico a través de los momentos jurisdiccionales, sino que se trata de*

² Sentencia dictada en autos Rol 1448-09-INA (septiembre 2010), Consid. 15°.

³ Sentencia Excm. Corte Suprema de 13 de julio de 2020. Rol 181-2020. Consid. 5°.

medidas correctivas o prohibitivas dispuestas según las particularidades de cada caso, las que se adoptan con miras a restablecer o permitir la sana competencia^{4/5}.

Es precisamente esa certeza la que Socofar S.A. ha requerido del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, respecto de la situación descrita profusamente en su Consulta, lo que no ha sido posible siquiera discutir conforme al procedimiento legal, por haberlo impedido la resolución de término que por este acto se impugna.

(ii) La resolución impugnada infringe el contenido y alcance del artículo 18 N°2 del DL 211

Al no admitir a tramitación el asunto no contencioso formulado por Socofar S.A., la resolución recurrida infringe directamente el artículo 18 N°2 del DL 211, reduciendo sustancialmente su sentido y alcance, y diversas otras normas aplicables al efecto.

En efecto, la resolución recurrida niega someter a tramitación la Consulta de autos porque, en concepto del H. Tribunal, se imputarían prácticas que podrían impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a ello, en los términos del artículo 3° del DL 211, por lo que estas supuestas alegaciones deberían ser conocidas en un procedimiento contencioso.

A este respecto, cabe señalar primeramente que la circunstancia de que los hechos sobre los que se consulta pudieren infringir el DL 211 no impide que éstos puedan ser sometidos a un asunto no contencioso, sino que precisamente constituye una cuestión necesaria para su procedencia, dado que así lo señala expresamente el artículo 18 N° 2 del DL (“*los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley*”).

En otras palabras, el punto de partida y habilitante de un proceso no contencioso y que determina la competencia del H. Tribunal para conocer del mismo radica precisamente en que se someta a su consulta actos, hechos y contratos -existentes o por celebrarse- que puedan infringir la libre competencia, y precisamente por ello es que dicha Magistratura “*podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos*”, en plena concordancia con su deber de resguardar el bien jurídico de la libre competencia.

⁴ Sentencia Excm. Corte Suprema de 13 de noviembre de 2019. Rol 4108-2018. Consid. 4°.

⁵ En el mismo sentido, el Auto Acordado N°5/2004 del mismo H. Tribunal, señala que “*el procedimiento no contencioso tiene precisamente por objeto obtener de este Tribunal un pronunciamiento orientado a otorgar o denegar a la parte consultante la certeza jurídica que establece el artículo 32 del DL 211*”.

Lo anterior resulta evidente, si se tiene en cuenta la competencia de un órgano especial como el H. Tribunal y la función que la ley le encomienda de resguardo de la libre competencia en los mercados. En otras palabras, la circunstancia de que las conductas que se ponen en su conocimiento sean potencialmente contrarias a la libre competencia, lo mismo que el poder de mercado de quienes las han desplegado, constituyen condiciones necesarias para darles relevancia desde un punto de vista de la libre competencia.

En el mismo sentido, la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema ha señalado que: “el legislador ha previsto expresamente que en los procedimientos no contenciosos el Tribunal pueda verificar la transgresión a las normas de la libre competencia, sin que por ello se deba iniciar necesariamente un procedimiento de carácter contencioso”⁶.

De este modo, no cabe duda que la circunstancia que se sometan a consulta del H. Tribunal hechos, actos o contratos que pudieren afectar la libre competencia no determina que necesaria y forzosamente deba iniciarse un proceso contencioso, por lo que lo resuelto por la resolución recurrida es improcedente y debe ser enmendado.

Por lo tanto, es claro que los hechos, actos o contratos que pudieren impedir, infringir o entorpecer la libre competencia, o que tiendan a ello, en los términos del artículo 3° del DL 211 sí pueden ser objeto de Consulta, ya que lo que define legalmente la naturaleza de un asunto es si se persigue o no en la respectiva solicitud, una pretensión sancionatoria.

Así lo ha señalado de manera expresa la Excma. Corte Suprema: *“En consecuencia, si en un asunto no contencioso se puede denunciar la existencia de un proceder contrario al D.L. N° 211, es dable concluir que esta primera solicitud de autos que acusa una situación que podría eventualmente menoscabar la libre competencia y que requiere enmendar tal vulneración si procediere, sin proponer la aplicación de sanciones, ha de tramitarse conforme al procedimiento regulado en el artículo 31 de este último cuerpo legal”*^{7/8}.

⁶ Sentencia Excma. Corte Suprema de 29 de enero de 2016. Autos Rol 30.190-2014. Consid. 5°.

⁷ Sentencia Excma. Corte Suprema de 29 de enero de 2016. Autos Rol 30.190-2014. Consid. 5°

⁸ La doctrina coincide con lo señalado, en cuanto a que: *“relacionando el texto del artículo 18° número 2 del D.L. N° 211 con lo dispuesto en el número 1 del mismo artículo, la expresión “no contencioso” está referida a que no puede tratarse de conflictos de relevancia jurídica que entrañen una pretensión sancionatoria, esto es, de ejercicio el ius puniendi del Estado”*. Javier Velozo y Daniela González (2011). Libro *“La libre competencia en el Chile del Bicentenario”*, artículo *“Reflexiones en torno a alguna de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”*. Editorial Thomson Reuters. Pág. 36.

Ciertamente, el asunto no contencioso formulado por Socofar S.A. en este expediente, cumple con lo señalado y, de hecho, de manera expresa declara que no pretende imputar comportamiento anticompetitivo alguno respecto del cual requiera la aplicación de sanciones en contra de empresas determinadas (pág. 16 y siguientes), lo que no hace sino reforzar la falta de fundamento jurídico y fáctico de la resolución de término impugnada.

(iii) Califica los hechos, actos y contratos cuya revisión se solicita como infracciones al DL 211, sin reparar que es precisamente ello lo que se busca determinar mediante su revisión

En efecto, mediante la resolución impugnada, el H. Tribunal califica la existencia del trato diferenciado realizado por los laboratorios entre sus canales de venta a instituciones públicas y privadas -cuya revisión se ha solicitado-, como infracción al DL 211 y, por tanto, de una conducta de discriminación sancionable. Así se desprende específicamente cuando, en la resolución de término aludida, señala que mi representada: "(...) imputa la existencia de un trato discriminatorio, lo que envuelve una contienda".

Sin embargo, su error en lo sustantivo radica precisamente en que juzga como discriminación el trato diferenciado detectado, lo que necesaria -pero artificialmente- deriva en estimar como una conducta anticompetitiva la aparente inexistencia de justificación o racionalidad económica en las diferencias que han sido observadas en la consulta de autos.

Ciertamente, para que una conducta discriminatoria pueda resultar reprochable jurídica y económicamente, no solamente basta que exista un trato diferenciado, sino que es necesario que exista certeza acerca de que dicha diferencia carezca de una racionalidad que permita justificar la diferenciación que se invoca. En otras palabras, el sólo hecho de existir un trato diferenciado no constituye una infracción al DL 211, lo que es ratificado por la forma en que está redactado el artículo 18 N° 2 ("que puedan infringir las disposiciones de esta ley").

En ese sentido, la Consulta de autos precisamente pretende el examen de la racionalidad o no que pudiese tener el trato diferenciado que ha sido observado y latamente indicado tanto en el libelo como en los antecedentes que lo fundan, particularmente el Estudio de Mercado realizado por la FNE, en el cual explícitamente se declara desconocer los fundamentos que podrían explicar esta aplicación diferenciada.

De ese modo, el H. Tribunal yerra al caracterizar el trato diferenciado cuya revisión se solicita como una eventual conducta anticompetitiva, toda vez que, para ello precisamente debe

primero resolverse si la diferencia aplicada tiene fundamentos económicos o no, lo que mi representada no se encuentra en posición de estimar, ya que desconoce cuáles serían las bases y los criterios para construir o solventar el sistema de comercialización implementado por los laboratorios, lo cual es precisamente el centro mismo de lo consultado, como insistentemente se ha indicado.

Del mismo modo, la referencia en la consulta sobre el poder de mercado que tendrían los laboratorios para imponer eficazmente un sistema de comercialización cuya revisión se solicita, es solamente un antecedente relevante a efectos de evaluar el impacto y la profundidad de la distinción cuyas bases hemos sometido a la consideración del H. Tribunal y dar relevancia –para los efectos de la libre competencia, a ese comportamiento– y bajo ningún punto de vista debe ser entendido como un elemento del tipo infraccional señalado en la letra b) del artículo 3º, como erradamente se pretende en la resolución de término.

(iv) Inefectividad de que en el presente caso el inicio del procedimiento no contencioso pudiere vulnerar la exigencia constitucional de un justo y racional procedimiento

A este respecto, referido principalmente en el Considerando 9º de la resolución impugnada, cabe señalar que de modo alguno la prosecución del procedimiento no contencioso previsto en el artículo 31 del DL 211 podría generar una afectación tal que haga necesario el inicio de un proceso contencioso. De modo alguno el legislador habría establecido un procedimiento que no garantizase a los intervinientes tales derechos esenciales. De hecho, la sola lectura de dicho artículo 31 demuestra que existen múltiples instancias para que todos los involucrados en un asunto no contencioso puedan hacer pleno ejercicio de sus derechos sustantivos y procesales, incluidos los de hacerse parte, aportar antecedentes, rendir prueba, participar en la audiencia pública que se fije al efecto e incluso recurrir ante la Excm. Corte Suprema en contra de la resolución de término que dicte el H. Tribunal.

Así lo ha ratificado, por lo demás, expresamente la jurisprudencia del Supremo Tribunal:

“Como se aprecia, en virtud de este especial procedimiento, destinado a conocer “asuntos de carácter no contencioso” en contraposición a la competencia sancionadora establecida en el numeral anterior del mismo artículo, se confiere amplia habilitación al juzgador para imponer medidas de cualquier especie a ser cumplidas, eventualmente y como en el caso de marras, por individuos diversos a los consultantes, quienes, desde el momento que son llamados a aportar antecedentes, se encuentran en pleno conocimiento del tenor de la consulta y pueden

prever la eventual afectación de sus intereses. Por lo demás, no se vislumbra que en el procedimiento en análisis se haya privado al reclamante de la posibilidad de formular alguna alegación concreta, o se le haya privado de rendir una prueba específica, que derive en su indefensión⁹.

Y también la jurisprudencia del mismo H. Tribunal:

“112. Finalmente, es preciso sostener que ambos procedimientos gozan de las mismas garantías y resguardan de manera adecuada el debido proceso, sin perjuicio de las diferencias procesales que cada uno de ellos pueda tener atendida la materia de fondo sobre la cual recaen”¹⁰.

Por lo demás, debe recordarse que existe un margen de libertad para que el legislador –dependiendo de la materia de que se trate– establezca cuáles son sus reglas de tramitación, sin que pueda afirmarse que existe una sola configuración posible para un procedimiento racional y justo. Eso lo demuestra la profusión de procedimientos que existen en nuestro sistema jurídico, todos los cuales –si satisfacen las mínimas exigencias de emplazamiento, oportunidad de ser oído, aportar antecedentes e impugnar- satisfacen las exigencias del artículo 19 N°3 de la Carta Fundamental.

En el presente caso, dado que en el procedimiento no contencioso no existe propiamente conflicto, no hay imputación de una infracción, ni tampoco se pretende la imposición de sanciones, parece razonable que el legislador haya escogido un procedimiento como aquel regulado por el artículo 31, con pleno respeto a la garantía constitucional mencionada.

(v) La resolución de término impugnada vulnera lo resuelto por la Excma. Corte Suprema sobre la materia

A mayor abundamiento, la resolución impugnada realiza una errónea referencia a una sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema con fecha 14 de mayo de 2018, en los autos Rol 432-2018.

En primer término, dicha sentencia no es aplicable al caso de autos, ya que se sustentó en las particularidades de la Consulta formulada y del mercado al que esta refería.

⁹ Sentencia Excma. Corte Suprema de 13 de noviembre de 2019. Rol 4108-2018. Consid. 10°.

¹⁰ Resolución N°53/2018, de 5 de septiembre de 2018.

Pero además, en dicho caso, el rechazo al inicio del asunto no contencioso se fundó en las pretensiones sancionadoras contenidas en su petitorio e incluso en la solicitud de medidas cautelares -a juicio de la Excma. Corte, propias de un procedimiento contencioso- contenidas en un otrosí, a diferencia de lo que ocurre en la especie.

Lo anterior, no hace sino ratificar el criterio asentado por nuestra jurisprudencia, que delimita el carácter contencioso o no contencioso de un asunto "considerando especialmente la naturaleza y entidad de las pretensiones planteadas"¹¹.

(vi) La resolución de término impugnada desconoce que el tenor y pretensiones de la Consulta de autos

En efecto, de manera reiterada, la solicitud de autos señala que no pretende imputar conducta anticompetitiva a ninguna empresa en particular, ni solicitar sanción alguna, e incluso ni siquiera regular los hechos sucedidos hasta la fecha respecto del trato diferenciado que realizan los laboratorios farmacéuticos frente a sus clientes públicos y privados.

De hecho, en la página 17 de la Consulta, se señala expresamente lo siguiente:

"(...) si bien se presentan algunos ejemplos respecto de las diferencias detectadas hasta la fecha, y la práctica que se examina es una que ya constató la FNE, el presente asunto no contencioso tiene como propósito determinar la conformidad o no con la libre competencia de aquellos hechos, actos o contratos que se realicen a futuro en el mismo sentido planteado en este libelo. Es decir, no pretende este asunto juzgar infraccionalmente lo realizado hasta ahora, sino determinar si su realización en lo sucesivo se encuentra o no conforme con el DL 211 de acuerdo a las condiciones de mercado involucradas y teniendo particularmente en cuenta las modificaciones introducidas al mercado por la Ley 21.198, estableciéndose -si procediere- las condiciones que los laboratorios farmacéuticos deberán cumplir a este respecto".

De manera plenamente acorde con esas declaraciones, si se está a su tenor y a sus pretensiones, se advierte de inmediato que no se imputa ningún comportamiento como contrario a la

¹¹ Sentencia Excma. Corte, de 14 de mayo de 2018. Autos Rol 432-2018. Consid. 15°.

libre competencia, no se persigue la declaración de su ilicitud, ni tampoco la imposición de una o más sanciones.

Así las cosas, la sola lectura de la Consulta permite concluir que esta da cuenta de potenciales riesgos para la competencia que se podrían derivar de las condiciones y relaciones existentes en el mercado relevante, lo que incluso impide a Socofar S.A. imputar infracciones a la libre competencia, dada la completa falta de claridad y certeza respecto de los criterios que -en la práctica- aplican los laboratorios farmacéuticos respecto de sus diversos tipos de clientes.

(vii) La resolución impugnada tampoco considera lo señalado en el petitorio de la Consulta, que no contiene pretensiones sancionatorias

Si bien en su Consid. 1° la resolución impugnada hace una breve referencia al propósito de la Consulta presentada por Socofar S.A., dicho pronunciamiento de modo alguno se centra en analizar el petitorio o de las medidas que mi representada ha propuesto en estos autos, y mucho menos si estas últimas contienen o no pretensiones sancionatorias.

Por el contrario, y he ahí el error del H. Tribunal, su resolución sólo atendió a la situación de mercado descrita en la Consulta, que conforme al artículo 18 N° 2 del DL 211 debe tener la potencialidad de infringir la libre competencia, según se ha señalado; pero sin considerar en su decisión que la solicitud de Socofar S.A. de modo alguno tenía como propósito sancionar a algún agente de mercado en particular por haber cometido conducta anticompetitiva alguna.

En palabras del profesor Valdés Prieto: *“En tal sentido, esta potestad consultiva exhibe una función preventiva (sentido amplio) en cuanto que previene que un determinado hecho, acto o convención puede llegar a atentar contra la libre competencia si alcanza existencia o bien advierte que un hecho, acto o convención ya existente podría ser calificado, en un procedimiento jurisdiccional antimonopólico, como un injusto de monopolio de mantenerse en el tiempo y no ajustarse a ciertas condiciones indicadas al efecto por el propio Tribunal Antimonopólico. Así, el carácter preventivo de esta función no viene dado por la circunstancia de si el hecho, acto o convención ha tenido lugar o no, sino más bien porque advierte el consultante las consecuencias del mismo sin imponerle sanciones”¹².*

¹² Valdés Prieto, Domingo (2009) “Libre Competencia y Monopolio”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pág. 615.

Nuevamente, no cabe duda que lo realmente relevante para determinar si nos encontramos ante un asunto contencioso o no, es la petición de aplicar sanciones en razón de los hechos, actos o contratos que son puestos en conocimiento del H. Tribunal, tal como la Excma. Corte Suprema señaló en los autos Rol 432-2018, citados incluso en la resolución de término que por este acto se impugna.

En tal sentido, el presente asunto no contencioso ha tenido análoga finalidad, por ejemplo, a lo consultado en su oportunidad en los autos caratulados "*Consulta de Farmacia Cruz Verde S.A. sobre Merchant Discount de Transbank S.A.*", Rol NC N°435-16, los que -además de ser acogidos a tramitación por S.S.- dieron origen en primer término a la Resolución N°53/2018, de 5 de septiembre de 2018, y luego a la Sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 27 de diciembre de 2019, en los autos Rol Ingreso Corte 24.828-2018.

(viii) La resolución impugnada soslaya que, en la especie, se han cumplido todos los requisitos para decretar la admisibilidad del presente asunto no contencioso

En efecto, y conforme a lo señalado, no cabe duda que la Consulta sometida a conocimiento del H. Tribunal ha reunido los requisitos necesarios para iniciar la tramitación de un asunto no contencioso en los términos referidos por el artículo 18 N°2 del DL 211; a saber:

- (i) *La materia propuesta corresponde a un asunto no contencioso*, dado que no existe controversia entre partes y sólo se ha solicitado al H. Tribunal una declaración respecto de si -en los hechos- el trato otorgado por los laboratorios farmacéuticos que operan en el mercado, en la determinación del precio de sus productos a clientes públicos y privados que participan en el segmento de distribución farmacéutica, se encuentra o no conforme con la libre competencia, de acuerdo a las condiciones involucradas en el mercado relevante concreto señalado en la Consulta^{13/14}.

¹³ Ello cumple con lo exigido expresamente por la Excma. Corte Suprema sobre esta clase de asuntos, por ejemplo, en el considerando 7° de la Sentencia Rol N°1324-2015, de 25 de agosto de 2015, dictada en autos sobre reclamación caratulados "Transportes Delfos Limitada con SCL Terminal Aéreo de Santiago S.A. y Otras".

¹⁴ En el mismo sentido, la Excma. Corte ha sido clara en establecer que en caso de someter al conocimiento de este H. Tribunal "*una situación que podría eventualmente menoscabar la libre competencia y que requiere enmendar tal vulneración si procediere, sin proponer la aplicación de sanciones, ha de tramitarse conforme al procedimiento regulado en el artículo 31 de este último cuerpo legal*" (Sentencia de 29 de enero de 2016, en autos Rol Corte 30.190-2014, Consid. 5°).

- (ii) *Los hechos, actos o contratos consultados son futuros.* Si bien se presentan algunos ejemplos respecto de las diferencias detectadas hasta la fecha, y la práctica que se examina es una que ya constató la FNE en su Estudio de Mercado de 2020, el asunto no contencioso de autos ha tenido como propósito determinar la conformidad o no con la libre competencia de aquellos hechos, actos o contratos que se realicen a futuro en el mismo sentido planteado en dicha solicitud. Es decir, no pretende juzgar infraccionalmente lo realizado hasta ahora, sino determinar si su realización en lo sucesivo se encuentra o no conforme con el DL 211, estableciéndose -si procediere- las condiciones que los laboratorios farmacéuticos deberán cumplir a este respecto.
- (iii) *Se ha solicitado fijar condiciones preventivas.* Derivado de lo anterior, las eventuales medidas solicitadas por Socofar S.A. en este expediente han tenido como finalidad una aplicación para lo sucesivo y están “*destinadas a evitar infracciones a la libre competencia, y no a juzgar responsabilidad*”, tal como la Excma. Corte Suprema ha expresado en sus fallos¹⁵, de modo que -de aplicarse- generarán efectos hacia futuro.
- (iv) *Existe un interés legítimo por parte de Socofar S.A.,* lo cual se ha demostrado y detallado a lo largo de toda la Consulta interpuesta. De este modo, se cumple con el estándar que sobre este punto ha señalado también de manera reiterada la Excma. Corte Suprema, en cuanto a que a la consultante “*el acto le afecte de alguna forma*”¹⁶.

(ix) Al deponer el ejercicio de su potestad consultiva, el H. Tribunal ha infringido además el principio constitucional de inexcusabilidad que rige a todos los Tribunales de la República

A mayor abundamiento de lo señalado a lo largo de este escrito, cabe resaltar el hecho no menor de que, no obstante que Socofar S.A. reclamó la intervención del H. Tribunal en forma legal y en asuntos de su competencia, este decidió simplemente no ejercer su autoridad y denegar el conocimiento y resolución de la Consulta, en circunstancias que esta se ajusta plenamente a lo previsto en el artículo 18 N°2 del DL 211, tal como se ha desarrollado.

Al obrar de la forma señalada, la resolución impugnada ha infringido el *principio de Inexcusabilidad* que reviste toda la labor de los Tribunales de Justicia y que se encuentra consagrado

¹⁵ Considerando 7° de la Sentencia dictada en Rol Ingreso Corte 1324-2015, de 25 de agosto de 2015.

¹⁶ Considerando 8° de la Sentencia dictada en Rol Ingreso Corte 1324-2015, el que se hace referencia además al Rol Ingreso Corte 4384-2008.

en el inciso segundo del artículo 76 de la Constitución Política, que dispone que: “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrá excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión”.

En el mismo sentido, por lo demás, este principio se consagra también en el inciso segundo del artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales, aplicable en la especie por disposición del artículo 5° del mismo cuerpo legal.

De este modo, queda claro además que la resolución recurrida ha afectado además el derecho constitucional de tutela judicial que asiste a Socofar S.A. respecto de sus derechos, consagrado en el artículo 19 N°3 de la Carta Fundamental, al verse impedida de tramitar un asunto no contencioso que se ajusta plenamente a derecho.

IV. Procedencia del Recurso de Reclamación interpuesto

Como ha sido posible apreciar a lo largo de este escrito y del texto de la Consulta presentada en autos, el presente recurso de reclamación es plenamente procedente en la especie, considerando particularmente lo dispuesto en inciso final del artículo 31 del DL 211, que establece que: *“Las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal en las materias a que se refiere este artículo, podrán ser objeto del recurso de reposición. Las resoluciones de término, sea que fijen o no condiciones, sólo podrán ser objeto del recurso de reclamación a que se refiere el artículo 27”*.

Al ser la resolución recurrida una resolución de término de aquellas que no fijan condiciones, esta es susceptible de recurso de reclamación de conformidad con lo establecido en el artículo 27 del DL 211, tal como lo han señalado de manera expresa tanto el H. Tribunal (por ejemplo, en los autos Rol NC 475-20¹⁷), como la Excma. Corte Suprema, por ejemplo, en los autos Rol 432-2018, mediante sentencia de 14 de mayo de 2018 (Consid. 4°)¹⁸.

¹⁷ Caratulados “Consulta de Parque Solar Fotovoltaico Luz del Norte SpA sobre el Informe de Servicios Complementarios Año 2020 emitido por el Coordinador Eléctrico Nacional”. Resolución de 19 de octubre de 2020.

¹⁸ “Cuarto: Que con todo lo razonado, fluye que la resolución reclamada reviste la naturaleza jurídica de una de término, precisamente aquellas que conforme al artículo 31 del Decreto Ley N°211 son susceptibles de revisión a través del recurso de reclamación”.

“Esta interpretación, por lo demás, es la que mejor se aviene con el elemento de hermenéutica pro recurso, aplicado con anterioridad por esta Corte, en innumerables oportunidades”.

V. Importancia del asunto no contencioso formulado por Socofar S.A. en estos autos

Sin perjuicio de lo señalado hasta ahora, resulta fundamental hacer una muy breve referencia respecto de la importancia de la Consulta presentada por mi representada en este expediente y que refuerza -por lo demás- el carácter no contencioso del asunto sometido al conocimiento del H. Tribunal:

- (a) Tal como se señala en dicha solicitud, el propósito del presente asunto es que V.S., *“ejerciendo las facultades que dichas normas le confieren [artículos 18 N° 2 y 31], se pronuncie acerca de si -en los hechos- el trato diferenciado otorgado por los laboratorios farmacéuticos que operan en el mercado¹⁹, en la determinación del precio de sus productos a clientes públicos y privados que participan en el segmento de distribución farmacéutica, se encuentra o no conforme con la libre competencia, de acuerdo a las condiciones de mercado involucradas; estableciendo -si procediere- las condiciones que las aludidas empresas deberán cumplir a este respecto”²⁰.*
- (b) La misma Consulta refiere que la Fiscalía Nacional Económica pudo constatar, en un Estudio de Mercado realizado durante el año 2020, que no se ha apreciado la existencia de fundamentos explícitos, claros o evidentes que expliquen las diferencias de criterio aplicadas por los laboratorios entre sus diversos clientes²¹.
- (c) Solo de manera referencial, se indicó además en la solicitud de Socofar S.A. que *“tal diferenciación ha sido aún más manifiesta desde la entrada en vigencia de la Ley N° 21.198²², que autorizó la intermediación de medicamentos por parte de Cenabast²³ a almacenes farmacéuticos, farmacias privadas y establecimientos de salud sin fines de lucro, dado que habiendo ingresado dicha Central a una actividad comercial que coincide y compite con la que desarrolla mi representada, a primera vista, pareciera contar con condiciones diversas a las que Socofar S.A. y otras empresas de distribución pudieren acceder, lo que además podría derivar*

¹⁹ Tal como ha constatado la Fiscalía Nacional Económica en expedientes tales como los autos Rol NC 458-2019 y NC 432-14, y particularmente en su investigación Rol 1931-11 FNE (informe de archivo de 3 de junio de 2015), en nuestro país concurren más de 60 laboratorios, internacionales y nacionales, dedicados a la importación y fabricación de productos farmacéuticos. Ello fue ratificado por este H. Tribunal, por ejemplo, en su Resolución N° 50/2017, de 6 de marzo de 2017.

²⁰ Pág. 1.

²¹ Pág. 4 y siguientes.

²² Publicada en el Diario Oficial con fecha 8 de enero de 2020.

²³ Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, también referida en dicho escrito como la “Central”.

*en un acceso a condiciones disímiles para las farmacias no abastecidas por Cenabast y, por consiguiente, para los clientes de estas últimas*²⁴.

Es decir, la Consulta de autos deja en claro que de modo alguno se ha pretendido impugnar siquiera lo establecido por el Legislador mediante la Ley N° 21.198, ni mucho menos la política pública que existe detrás de ella, destinada a dar acceso a las personas a los productos farmacéuticos en las mejores condiciones comerciales posibles. Por el contrario, solo se pone de manifiesto que la situación inexplicable consultada -trato diferenciado por parte de los laboratorios farmacéuticos respecto de sus clientes públicos versus sus clientes privados- se ha hecho aún más evidente desde la entrada en vigencia de la señalada ley.

- (d) En ese mismo sentido, la consultante es clara en expresar que: *“la principal motivación de mi representada para iniciar el presente asunto no contencioso apunta finalmente a fortalecer la competencia en la industria farmacéutica y, con ello, colaborar con el propósito perseguido por la Ley N° 21.198 (Ley Cenabast) y otras iniciativas públicas y privadas destinadas a reducir el precio que tienen que pagar los chilenos por los medicamentos. En efecto, la entrega de un mayor grado de transparencia y certeza a la industria habrá de permitir a sus diversos actores tomar decisiones más informadas y, con ello, procurar una adecuada competencia y sustentabilidad en todos los segmentos que forman parte de dicha industria, con plena conciencia del alto gasto de bolsillo que representa la adquisición de productos farmacéuticos para los habitantes del país”²⁵.*
- (e) Por otra parte, y tal como se ha anticipado, la solicitud de autos señala con claridad que, *“si bien se presentan algunos ejemplos respecto de las diferencias detectadas hasta la fecha, y la práctica que se examina es una que ya constató la FNE, el presente asunto no contencioso tiene como propósito determinar la conformidad o no con la libre competencia de aquellos hechos, actos o contratos que se realicen a futuro en el mismo sentido planteado en este libelo”²⁶*, para efectos de que si lo realizado hasta ahora por los laboratorios se encuentra o no conforme con el DL 211, estableciéndose -si procediere- las condiciones que deberán cumplir a este respecto, tal como señala el artículo 18 N° 2.
- (f) Finalmente, la Consulta señala que, de no estimarse la situación consultada como acorde a la libre competencia, *“consideramos indispensable que V.S. establezca las medidas necesarias para evitar que tal situación de mercado siga produciéndose, para cuya determinación este H.*

²⁴ Pág. 2.

²⁵ Pág. 2.

²⁶ Pág. 17.

Tribunal dispone de amplia competencia, aplicando remedios tales como el deber de los laboratorios de establecer tablas objetivas, transparentes, uniformes y no discriminatorias, tanto de precios como de descuentos por volúmenes u otros, sin diferenciar injustificadamente entre tipo de clientes, sin perjuicio de las demás condiciones que este H. Tribunal estime pertinentes”²⁷.

De este modo, resulta evidente no sólo la naturaleza no contenciosa del presente asunto, sino también su alta relevancia para los habitantes y la economía del país, dado su evidente propósito de esclarecer una situación de mercado que ha sido cuestionada durante largos años, sin que se hubiere planteado de manera formal ante el órgano jurisdiccional encargado de velar por la libre competencia en el mercado. De hecho, ya en el denominado *Caso Farmacias*, la Excm. Corte Suprema había cuestionado el rol que juegan los laboratorios farmacéuticos en esta industria²⁸, de manera tal que la Consulta presentada es la oportunidad idónea para por fin hacerse cargo de una problemática nacional, como es el costo -y, en definitiva, el precio- de los medicamentos en Chile.

VI. A modo de conclusión

Conforme a lo expuesto, no cabe duda que, al denegar el inicio a tramitación del asunto no contencioso de autos, la resolución recurrida incurrió en diversas faltas y vicios, ya que -en términos simples- (i) Infringió el artículo 18 N°2 del DL 211, no obstante haberse cumplido con los requisitos de admisibilidad consignados en dicha norma; (ii) otorgó a la Consulta un carácter contencioso del todo inexistente; y (iii) derivó en que el H. Tribunal depusiera el uso de la potestad consultiva que le otorgó el legislador para resguardar la libre competencia, negando a Socofar S.A. la mínima certeza jurídica solicitada en relación a los hechos planteados en este proceso.

Lo anterior determina, a nuestro entender, la procedencia de que la Excm. Corte Suprema acoja el presente recurso de reclamación, dejando sin efecto la resolución recurrida y, en definitiva, dé curso a la tramitación de la Consulta presentada por Socofar S.A., conforme al procedimiento consignado en el artículo 31 del DL 211.

²⁷ Pág. 18.

²⁸ Véase, al efecto, el voto de prevención emitido por el Ministro Sr. Muñoz en la Sentencia de la Excm. Corte Suprema de 7 de septiembre de 2012. Rol 2578-2012.

POR TANTO, conforme el mérito de autos, las consideraciones de hecho y derecho planteadas en esta presentación y de acuerdo a lo previsto en los artículos 2°, 5°, 18, 27 y 31 del Decreto Ley N° 211 y demás normas aplicables,

A ESE H. TRIBUNAL SOLICITO: Tener por interpuesto recurso de reclamación contra la resolución de término dictada por V.S. con fecha 18 de marzo de 2021, notificada a esta solicitante por estado diario con igual fecha, y concederlo para ante la Excm. Corte Suprema, con el objeto que dicho Tribunal Superior, conociendo del mismo y en ejercicio de sus facultades, lo acoja en todas sus partes, deje sin efecto o revoque en todo o parte la resolución de término recurrida, declarando conceder a tramitación, conforme al procedimiento consignado en el artículo 31 del DL 211, la Consulta presentada por Socofar S.A. con fecha 25 de febrero de 2021.

Firmado digitalmente por
CRISTIAN RODRIGO REYES CID
Fecha: 2021.03.23 21:48:13
-03'00'

