RECURSO DE RECLAMACIÓN

HONORABLE TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Andrés Parra Vergara, abogado, por la demandante, en autos caratulados "**AGRECU CONTRA CENCOSUD S.A. y OTRAS**" **rol CIP-5-2020**, al **H. T.D.L.C.,** respetuosamente digo:

De conformidad a lo dispuesto en el art. 51 numeral 10 inciso 2° párrafo final de la Ley N"19.496 en relación con lo previsto en el artículo 30 inciso 10 parte final del Decreto Ley N°211 ('DL 211"), encontrándonos dentro del plazo legal establecido para estos efectos, venimos en interponer Recurso de Reclamación para ante la Excelentísima Corte Suprema, en contra de la resolución de término dictada por este H. Tribunal con fecha 19 de enero de 2021 notificada con esa misma fecha, en la cual se acogió los incidentes de nulidad interpuestos contra la resolución que declaró admisible la demanda interpuestos por las demandadas Walmart y SMU, en estos autos y, en su lugar, se resuelva y modifique dicha resolución rechazando los incidentes de nulidad interpuestos por los argumentos de derecho que paso a exponer.

I) LOS HECHOS:

A.- INCIDENTE DE SMU S.A. DE FOLIO 44

La presentación de la demandada SMU, ingresada con fecha 26 de noviembre de 2020, actuando representada por el abogado don Ignacio Eduardo Letelier Jofré, expone 5 solicitudes distintas y progresivamente subsidiarias entre sí, consistentes en:

a) Incidente de Nulidad de todo lo obrado según art. 83 del Código de Procedimiento Civil

b) Incidente de previo y especial pronunciamiento de Incompetencia del Tribunal

c) Solicitud de Reposición Ordinaria

d) Solicitud de Reposición especial contemplada en el artículo 52 de la Ley 19.496

e) Opone Excepción dilatoria de Ineptitud del Libelo

Adicionalmente, como solicitud común a todas las solicitudes anteriores, formula solicitud de Suspensión del procedimiento.

La aludida resolución del H. Tribunal confiere traslado de las tres primeras solicitudes señaladas.

B.- PRESENTACIÓN DE WALMART CHILE S.A. DE FOLIO 61

La presentación de la demandada WALMART CHILE S.A., ingresada con fecha 27 de noviembre de 2020, actuando representada por los abogados Stella Muñoz Schiattino y Diego Hernández de Lamotte, expone 3 solicitudes distintas y progresivamente subsidiarias entre sí, consistentes en:

a) Incidente de Previo y especial Pronunciamiento, atendida la existencia de Procedimiento Voluntario Colectivo y Suspensión del Procedimiento

b) Solicita la corrección del procedimiento en uso de facultades correctivas del artículo 84 del C.P.C.

c) Interpone recurso de reposición.

La referida resolución del H. Tribunal, confiere traslado de la primera solicitud, contenida en el acápite principal de su presentación.

C.- <u>LA RESOLUCIÓN DE LOS INCIDENTES:</u>

Que con fecha 19 de enero de 2021 el honorable tribunal de la libre competencia fallo los incidentes impetrados por las demandas SMU y WALMART, acogiendo la solicitud de tener por vigente los procedimientos voluntarios colectivos y por ende determinó que se encuentran bajo el supuesto del art. 54 H) inciso cuarto, esto es *"una vez iniciado el procedimiento, ni el Servicio ni quienes se encuentren legitimados para ello de conformidad a esta ley podrán ejercer acciones para proteger el interés colectivo o difuso de los consumidores respecto de los mismos hechos mientras el procedimiento se encuentre en tramitación."* Lo que se traduce en la imposibilidad de esta parte demandante de poder exigir la indemnización de perjuicios a las demandadas por las conductas colusivas que los llevaron a una condena.

Añade el tribunal *"el perjuicio que la declaración de nulidad evitaría es que se tramiten en paralelo un PVC y acciones que protejan el interés colectivo o difuso sobre la*

base de los mismos hechos. Por lo mismo, sería inútil declarar la nulidad de lo obrado si existiera constancia expresa de que un PVC ha terminado o fracasado desde la interposición de los incidentes analizados, a la fecha"

Por último, el tribunal señala *"Que, no cambia la conclusión anterior el hecho que Agrecu haya cuestionado la validez o eficacia del PVC, o que pretenda demostrar su caducidad, argumentando que dicho procedimiento ha sido sustanciado por el Sernac infringiendo las normas que lo regulan (V.gr. plazos o medidas de publicidad establecidas en la LPC). Lo anterior, por cuanto los actos de la administración gozan de presunción de legalidad, imperio y exigiblidad desde su entrada en vigencia, salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa o jurisdiccional (artículo 3°, inciso final, de la Ley N° 19.880), lo que no consta que haya acontecido; y por cuanto dichas alegaciones versan sobre materias que escapan de la competencia otorgada por ley a este Tribunal"*

Sobre este razonamiento nos referiremos más adelante en este recurso.

II.- SOBRE EL PROCEDIMIENTO VOLUNTARIO COLECTIVO

Cumplidos rigurosamente los requisitos del PVC, el legislador ha previsto, en el mismo afán protector, los siguientes efectos y obligaciones:

a) Si no es aceptado el PVC es la Ley la que establece la sanción ipso jure, "**se entiende fallido**"

b) Si es aceptado, cuyo no es el caso, ya que consta que no fue aceptado, y la ley no distingue razones para aceptar o rechazar, tenemos en relación a los plazos :

- **PLAZO**:

  - El PVC tendrá una duración de **TRES MESES**, contado a partir del tercer día posterior a la notificación al proveedor

  - Este plazo podrá ser **prorrogado por <u>una sola vez</u>**, de oficio o a solicitud del proveedor, **<u>hasta por tres meses</u>**, **por resolución fundada**, en la que se justifique la prórroga por la existencia de una negociación avanzada o por la necesidad de mayor tiempo de revisión de antecedentes o para el análisis de las propuestas formuladas.

  - Este plazo no podrá ser extendido cuando la necesidad de la prórroga se explique por un comportamiento negligente del proveedor involucrado en la negociación.

- **PUBLICIDAD**:

  - El SERNAC deberá informar en su sitio web la manifestación de la aceptación del PVC por el proveedor.

  - El SERNAC deberá informar en su sitio web el estado en que se encuentra el procedimiento

  - El SERNAC deberá publicar la solución ofrecida por el proveedor

- adicionalmente debe cumplir con la obligación contenida en la Ley 19880 en cuanto publicar las resoluciones que afecten a un número indeterminado de personas, cuyo es el caso por la obligación de los consumidores de presentar demandas colectivas que afectan precisamente a un número indeterminado de consumidores por los mismos hechos.

a) FINALIZACIÓN DEL PVC.

   a. Por PVC FALLIDO

   b. Por PVC FRACASADO

   c. POR ACUERDO: Producido dentro del plazo de tres meses , o durante el plazo prorrogado de hasta seis meses.

Resuelto por el SERNAC el inicio de un PVC, deberá regirse por los siguientes principios básicos (fundamentales):

- **INDEMNIDAD DEL CONSUMIDOR**
- **ECONOMÍA PROCESAL**
- **PUBLICIDAD**
- **INTEGRIDAD**

- **DEBIDO PROCESO**

El legislador, a la vista de estos principios rectores, en afán protector de los consumidores, y con la finalidad de evitar que el PVC se transforme en un instrumento dilatorio que impida el ejercicio de los derechos por parte de los consumidores, lo que equivale a decir que el legislador ha evitado expresamente el abuso del derecho, ha dejado expresa constancia de las circunstancias que motivan el término del mismo (del PVC), a saber:

i.- PROCEDIMIENTO FALLIDO:

Por el solo ministerio de la Ley, se entiende fallido el Procedimiento Voluntario (PVC)

- **cuando el proveedor no expresa su voluntad de participar en el PVC al término del plazo original o prorrogado.**

- **Cuando el representante del proveedor no se presentare a la audiencia con poder suficiente para transigir, habiendo sido citado por segunda vez y sin subsanar el defecto**

En ambos casos, el Servicio **DEBE** certificar esta circunstancia mediante la dictación de una resolución de término.

ii.- PROCEDIMIENTO FRACASADO

Se entenderá fracasado el PVC <u>cuando no hubiere acuerdo dentro del plazo original o prorrogado</u>, circunstancia que **será** certificada por el Servicio en la resolución de término.

III) SOBRE LA RESOLUCIÓN EXENTA 875 DE SERNAC

Expuesta latamente la regulación y principios que rigen el PVC, corresponde referirse a la Resolución Exenta N°875 de la Subdirección de Procedimientos Voluntarios Colectivos del Servicio Nacional del Consumidor 7 de noviembre de 2019,

Corresponde señalar, de manera muy destacada, que esta resolución exenta se dicta **de oficio por** la referida Subdirección, teniendo como presupuesto de procedencia de la misma el contenido en el considerando 8°, a saber : "***Que, con fecha 28 de febrero de 2019, el Tribunal de la Libre Competencia, en adelante TDLC, dictó la sentencia N° 167/2019. En ella, se sostuvo en lo resolutivo N° 2, ACOGER el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A., SMU S.A. y Walmart Chile S.A., declarando que infringieron el artículo 3° inciso primero e inciso segundo letra a) del D.L. N° 211, al haber participado de un acuerdo o práctica concertada, por sí o a través de sus relacionadas, destinado a fijar, por intermedio de sus proveedores, un precio de venta para la carne de pollo fresca en supermercados igual o superior a su precio de lista mayorista. Respecto de los productores de pollos se hace presente que existen pronunciamientos jurisdiccionales en esta materia***."

Es muy relevante para esta parte, hacer notar que la información disponible respecto de este procedimiento, iniciado por la resolución antes referida, es prácticamente inexistente, lo que transgrede todos los principios que rigen el PVC, según anotáramos en

los párrafos precedentes, y aún transgrede las perentorias reglas de publicidad de los actos en el sitio web del servicio, lo que desde ya vislumbra un manto de opacidad en la actuación del SERNAC. A modo de ejemplo, la supuesta aceptación del PVC por la proveedora (y ahora demandada) Walmart Chile S.A., ni siquiera registra la fecha de su emisión como tampoco la de su recepción, siendo de rigor dejar disponible dicha información para todos quienes tengan interés en el mismo (desde luego, razonando en el sentido del impedimento de demandar una vez iniciado el PVC).

Aun así, de la información disponible es evidente la flagrante transgresión no solo de las normas que regulan el PVC, sino que de la misma forma y con igual gravedad, a las normas contenidas en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado y de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, lo que se desarrollará en acápites posteriores.

Pero en relación con la cuestión que nos ocupa, y sobre la base de la escasa información disponible, es posible afirmar lo siguiente:

1.- La Resolución Exenta 875, de 7 de noviembre de 2019, inició el PVC tantas veces referido.

2.- La misma fue notificada a los proveedores conforme al artículo 45 y siguientes de la ley 19.880 y al artículo 2 letra e) de la Circular Interpretativa sobre Procedimientos Voluntarios para la Protección del interés Colectivo o Difuso de los Consumidores contenida en la Resolución Exenta N° 432 de fecha 27 de junio de 2019, en relación con los artículos 54 J y 54 K de la ley 19496.

3.- Aunque se desconoce la fecha de notificación (por no ser una información publicada y por lo mismo indisponible para todos los interesados), la Resolución Exenta 496 de 3 de julio de 2020, permite ilustrar que la misma se produjo de manera inmediata, por cuanto entre sus fundamentos (Considerando 2°) invoca la resolución exenta N°99 de 7 de febrero de 2020, en cuya virtud el Servicio procedió de oficio a prorrogar el plazo de tres meses fijado para el PVC.

4.- Que, por lo mismo, es razonable entender que la manifestación de aceptación por parte de los proveedores demandados e incidentistas, debió producirse en fecha próxima a la resolución de inicio.

5.- Que, ratificando lo señalado en el número 4, anterior, **Walmart Chile S.A. comunicó su decisión de no participar en el PVC**, por medio de carta de 20 de noviembre de 2019. A su respecto, **no cabe otro razonamiento que el tener por FALLIDO el PVC, POR DISPOSICIÓN EXPRESA DE LA Ley 19496,** con respecto a Walmart Chile S.A:

6.- Que, por su parte, la manifestación de aceptación voluntaria del PVC por parte de SMU S.A. se produce con fecha 20 de junio de 2020. Es decir, habiendo transcurrido, en exceso, en meses, el plazo de cinco días y prorrogable a diez días para efectuarlo. Por lo tanto, en este caso, **debe tenerse igualmente por FALLIDO el PVC POR DISPOSICIÓN EXPRESA DE LA LEY 19496,** con respecto a SMU S.A.

En consecuencia, tenemos un PVC FALLIDO por expresa disposición de la Ley, y que **el SERNAC debió certificar mediante la respectiva resolución de término, por así ordenarlo la LPC**.

En línea con el razonamiento indicado en los párrafos anteriores, el legislador ha previsto el Procedimiento Voluntario Colectivo (PVC) como un mecanismo administrativo de resolución de conflictos que afecten al interés de los consumidores.

Lo señalado por el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en virtud del artículo 3° inciso final de la LBPA indicando que los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, imperio y exigibilidad y la posterior interpretación que realiza sobre la competencia del tribunal para dirimir estas alegaciones conlleva una grave consecuencia, esto es, la imposibilidad de impugnación del acto administrativo, en especial cuando éste adolece de una ilegalidad material o en su objeto producto de la errada aplicación del ordenamiento jurídico. Lo que debemos distinguir entonces es si los actos administrativos emanados del Servicio Nacional del Consumidor incurren en una ilegalidad sustantiva excediéndose en el poder otorgado por ley que fue la tesis que se presentó ante el TDLC, más allá de su validez o eficacia.

Como señala el actual contralor la *"interpretación literal de las causales de nulidad de derecho público no es errónea, lo que sí lo es, es la consecuencia que ella acarrea: la falta de control judicial de la ilegalidad material del acto administrativo. sin embargo, la solución está en el mismo art. 7 inc. 3º CPR, que remite la sanción a la ley, la que en este momento*

no es otra que el código civil, específicamente en su art. 1462". [1] Debemos señalar que así lo entiende la jurisprudencia de la Corte Suprema, que el 30 de agosto de 2007 en el caso INP con Cuello, resuelve lo siguiente en el considerando 15° "*de conformidad con este último precepto constitucional, la validez de las actuaciones de los órganos del Estado queda supeditada a la concurrencia, en forma copulativa, de tres presupuestos que son fundamentales, cuales son: la investidura regular del agente; que su actividad se desarrolle dentro del ámbito de su competencia, y que se ajuste a la forma prescrita en la ley".* Esta interpretación del máximo tribunal de nuestro país deja enumerada taxativamente las causales de nulidad de derecho público, sin incluir entre las mismas la ilegalidad en el objeto o materia del acto administrativo, que se traduce en los vicios de abuso de poder y desviación de poder. Siguiendo esta misma doctrina la Corte de Apelaciones de Santiago el 5 de julio de 2007 en Abrego Diamantti con INP en su considerando 8° señala "q*ue como ha sido resuelto por la Excma. Corte Suprema en materias análogas, tal supuesta infracción en sentido estricto no es sancionable con la nulidad de derecho público ni se halla contenida en el artículo 7º de la Constitución, que establece perentoriamente la nulidad en los supuestos de investidura regular, competencia, requisitos externos o abuso en el ejercicio de las potestades. Teóricamente, podría quedar comprendida en las ilegalidades que señala el artículo 6º de la Constitución, que entrega a la ley las sanciones y responsabilidades que genere su infracción".*

[1] Bermúdez Soto, J., "el principio de legalidad y la nulidad de derecho Público en la constitución Política. Fundamentos para la aplicación de una solución de derecho común", op. cit. pp. 283-285.

Lo anterior aplicado al recurso que se intenta en esta ocasión, tiene directa relación con el razonamiento del tribunal al ser este quien descarta algún vicio en las resoluciones previamente citadas, cuestión que esta parte insiste se contiene en las resoluciones exentas emanadas del servicio como se observa en el considerando 6° de la resolución 495 y 10° de la resolución 496 puesto que el servicio del estado amplía sus propias facultades al interpretar que puede dejar sin efecto el plazo legal contenido en la resoluciones anteriores (claramente vencidos) y va directamente en contra de lo señalado por la ley al eximirse de la obligación de dictar una resolución de término contenida en la letra J) del artículo 54 que señala ***"Si dentro del plazo original o prorrogado no hubiere acuerdo, se entenderá fracasado el procedimiento, circunstancia que será certificada por el Servicio en la resolución de término"*** bajo una supuesta interpretación armónica de la ley 19.880 y su artículo 33 para dar paso en los hechos a un nuevo PVC con sus correspondientes plazos. Lo que convenientemente obvia el SERNAC y el tribunal falla en comprender, es el carácter supletorio de la LPBA, cuestión que se reconoce en su primer artículo al señalar "*Artículo 1º. Procedimiento Administrativo. La presente ley establece y regula las bases del procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado. En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales,* ***la presente ley se aplicará con carácter de supletoria.****"* Siendo este el caso descrito en ese articulado en que la ley regula un procedimiento administrativo especial, contenido en una ley especial que reglamenta no solo al SERNAC si no a toda la normativa sobre derecho del consumo. El tribunal yerra en su interpretación al creer que esta no es la vía para reclamar tan grave infracción a la constitución y las leyes, ya que, tanto la doctrina emanada del actual contralor de la

república como los más altos tribunales de este país reconocen que la constitución remite la sanción de un vicio como el de autos a la ley y por ende la solución es por la vía judicial.

IV) SOBRE LA RESOLUCIÓN EXENTA N°495 Y 496

Con fecha 22 de diciembre de 2020, SERNAC informó al Honorable Tribunal de la Libre Competencia de la existencia de una resolución exenta, donde esta parte reclamante reclama una serie de irregularidades en el proceso que de persistir harían al servicio acreedor de atribuciones que ni la ley ni la constitución le concede.

Para comenzar debemos señalar que la resolución exenta que titula este acápite no existió públicamente en la página sobre el PVC en comento y solo nos fue asequible una vez que el tribunal requirió a SERNAC, mediante oficio de fecha 11 de diciembre de 2020, por lo tanto, esta parte demandante no pudo tener acceso al contenido que, procederemos a explicar, transgrede abiertamente la normativa de la LPC 19.496.

En primer lugar, el Servicio concatena esta resolución exenta a la N°875 de 2019 que da inicio al PVC, a la resolución exenta N°99 de fecha 7 de febrero del presente año que prorroga de oficio el plazo de duración del PVC y por último la resolución exenta N°401 con fecha 12 de mayo decreta la medida provisional de suspensión del Procedimiento Voluntario Colectivo, ya mencionado. Independiente de las consideraciones y argumentos esgrimidos a lo largo de este recurso, es desde aquí, de un PVC arbitrariamente suspendido, que SERNAC decide levantar la “suspensión” y aceptar como parte del procedimiento con

fecha 03 de julio a WALMART y a SMU. Lo primero que debemos destacar entonces SS., es que existe UNA CIRCULAR

Es evidente la contravención a las normas que regulan este proceso, al señalar en la letra K) del artículo 54 lo siguiente "*Notificada la resolución que dé inicio al procedimiento, el proveedor tendrá un plazo de cinco días para manifestar por escrito al Servicio su voluntad de participar en éste. Este plazo podrá prorrogarse por igual término, por una sola vez, si el proveedor lo solicita fundadamente antes de su vencimiento. Si al término del plazo original o prorrogado el proveedor no expresa su voluntad, el procedimiento se entenderá fallido y el Servicio certificará dicha circunstancia mediante la dictación de una resolución de término.*"

El actuar del servicio en autos válida una aceptación extemporánea por haber transcurrido latamente el plazo para aceptar participar en el procedimiento voluntario colectivo, situación que quedó registrada por el propio servicio en las respuestas que los demandados le dieron (que acompañan en sus incidentes de nulidad) y en la prensa que hizo eco amplio de la noticia.

De la norma previamente transcrita se deriva una segunda negligencia nefasta que el Honorable Tribunal de la Libre Competencia, no resolvió ni se hizo cargo al fallar los incidentes planteados por los demandados y la correspondiente respuesta al traslado otorgado a esta parte demandante y es que, la última parte del artículo ordena al servicio a emitir una declaración sobre el PVC como FALLIDO y a dictar una resolución de término, cuestión que en la especie se incumple con alevosía al permitir a una empresa que habiendo

declinado participar del procedimiento en noviembre de 2019 por existir recursos pendientes, se le permite a través de un método no previsto en la ley como lo es aceptar fuera del plazo, ser parte de un proceso al que no debería tener acceso. En la misma resolución exenta N°495 en el considerando décimo se hace alusión a este punto pero se le descarta en base a un racionamiento risible y afrentoso puesto que basa la decisión de aperturar el PVC respecto de las demandadas en base a lo siguiente "*Que, dado que la finalidad del procedimiento voluntario colectivo es la obtención de una solución completa, expedita y transparente, se evidencia la necesidad de ponderar y aplicar en miras al cumplimiento de dicho objetivo, las normas que regulan este procedimiento, privilegiando la participación de las empresas, en tiempo y forma, en la medida que no conste la dictación de una resolución de término del procedimiento voluntario colectivo que sería indicativa de su finalización.*"

Todos los supuestos procesales en que se funda el PVC se incumplen. La supuesta solución completa, expedita y transparente, no ha llegado a más de un año de aperturado el procedimiento y en cuanto a lo que atañe este recurso, El fallo recurrido alude a la falta de una resolución de término, que como hemos razonado, no es el requisito para que termine, sino el cumplimiento de los plazos, ya que la ley no entrega a la discrecionalidad del Servicio el término. Es la ley la que declara el término del PVC declarándolo Fallido o Fracasado, SERNAC sólo certifica este hecho con la resolución de término, "artículo 54 J parte final " *si dentro del plazo original o prórroga no hubiere acuerdo SE ENTENDERÁ FRACASADO EL PROCEDIMIENTO, circunstancia que será CERTIFICADA por el Servicio en la*

resolución de término." En efecto, como dice la ley, no es más que una certificación por cuanto la sanción la ha aplicado la Ley de pleno derecho, por cuanto afecta el derecho de terceros a demandar.

Procederemos a transcribir otra parte de esa resolución exenta "*el proveedor en su manifestación inicial hizo referencia expresa a la pendencia de una situación judicial, pendencia que era efectiva, según consta ser un hecho notorio y público y según consta de la publicidad que rige los procedimientos judiciales, lo cual se establece en relación con el artículo 54 K de la Ley N° 19.496, que previene un plazo de 5 días para manifestar la voluntad de participar en el procedimiento, contemplando una eventual prórroga de dicho plazo, plazo durante el cual el proveedor efectivamente en estos autos, se manifestó respecto de la participación en el presente procedimiento, e hizo presente la existencia de la tramitación judicial pendiente de resolución, en ese momento, según consta en lo expresado en este considerando."* Es en este punto en que se aleja del derecho y de una ponderación correcta de las normas el razonamiento del SERNAC puesto que esa manifestación por parte de los demandados fue la declaración expresa de no participar del procedimiento por existir recursos pendientes, como consta en los propios incidentes de nulidad presentados ante el TDLC, a modo de ejemplo citaremos el cuarto otrosí del incidente de nulidad de WALMART quienes en su segundo punto acompañan "*Carta de 20 de noviembre de 2019, remitida por Walmart Chile al Sernac informando su decisión de no participar en el PVC por encontrarse pendiente un procedimiento judicial del cual era parte*" siendo claro el deber que correspondía a SERNAC en ese momento de certificar dicha circunstancia con una

resolución de término que no solo no constato si no que pondero como manifestación de voluntad de participar.

En segundo lugar, el Honorable Tribunal de la Libre Competencia fue informado a través de la resolución exenta N°495 y N°496 de la desacumulación de los procesos que involucraban a SMU y WALMART. Esa resolución exenta en su parte resolutiva, específicamente en su punto 4 establece que *"TENGASE PRESENTE que en relación con lo dispuesto en el artículo 54 J de la Ley 19.496, en lo que guarda relación con el plazo de duración del presente procedimiento, separadamente para SMU S.A.,* ***se establece que dicho plazo comienza a computarse a contar de la notificación de la presente resolución,*** *conforme lo dispuesto en el considerando 6° de la presente Resolución, a fin de cumplir la adecuada coherencia en cuanto a los plazos involucrados en la presente tramitación"* y el considerando sexto nos dice lo siguiente "*Que, como corolario de lo razonado a lo largo de la presente resolución, y en armonía con lo previsto en lo Resolutivo N° 4 de la Resolución N° 401 de fecha 12 de mayo de 2020, recaída en el procedimiento aperturado según Res. 875, se deja constancia que en lo sucesivo se establecerá una tramitación separada respecto del proveedor SMU S.A., con numeración y registro independiente, sin perjuicio de lo prevenido en el considerando 5° de la presente resolución, dejando sin efecto, asimismo lo relativo al plazo de duración del procedimiento previsto en la Res. Exenta N°401, disponiendo en su lugar, que el plazo de duración de 3 meses del procedimiento que se establece en el artículo 54 J de la Ley N° 19.496, ha de comenzar a computarse desde la notificación de la presente Resolución, al proveedor."*

Si computamos los plazos que nos indica la resolución exenta a la fecha de presentación de la demanda, ese plazo de 3 meses se encontraba cumplido, y a lo largo del proceso que nos convoca y después de 2 oficios del TDLC el SERNAC fue incapaz de producir una resolución que no fuera la 495 y la 496, esas son las últimas, no existe resolución que prorrogue esos procedimientos y el efecto que tanto citan las partes demandadas, esto es, la imposibilidad de ejercer una acción para proteger el interés colectivo o difuso de los consumidores estando vigente un Procedimiento Voluntario Colectivo sobre los mismos hechos. No consta bajo ningún respecto ni en los antecedentes acompañados ante el honorable tribunal de la libre competencia ni en la página web del servicio una resolución que prorrogue por otros 3 meses, es más incluso a la fecha de presentación de este recurso de reclamación se encuentra vencido el plazo de 6 meses máximo que entrega la ley 19.496 sin que el SERNAC dicte la resolución correspondiente, yendo incluso al extremo, el director del Servicio de concurrir personalmente ante el TDLC el día 11 de enero ha declarar la supuesta vigencia de esos procedimientos voluntarios colectivos que comenzaron el 3 de julio según sus propias resoluciones, plazo que evidentemente a esta fecha excede los 6 meses que como tope reconoce la ley para buscar la supuestamente expedita solución y los cuales una vez más obvia en favor de las empresas al rehusar su deber de legal de certificar, en este caso por cumplimiento del tiempo para su realización, con la correspondiente resolución de FALLIDO.

V) INOPONIBILIDAD DEL SUPUESTO PVC

En el sentido anotado, y sin perjuicio de lo que se razona en los acápites siguientes, **el pretendido PVC invocado y la resolución exenta 875 de 7 de noviembre de 2019 son INOPONIBLES a esta parte demandante como igualmente respecto de este H. Tribunal** pues se trata de un procedimiento administrativo que **NUNCA** nació a la vida jurídica.

A modo de excurso en el presente acápite, debemos indicar que el PVC se produce en el marco del ejercicio legítimo de las facultades legales otorgadas a un Servicio perteneciente a uno de los Órganos del Estado. Congruente con los principios Constitucionales de Legalidad y juridicidad que gobiernan los actos de los órganos del Estado, en este caso el Administrativo.

Con esto, queremos indicar, categóricamente, que en ningún caso se pretende desconocer el ejercicio de facultades que la ley reconoce a los Órganos del Estado, sino que exigimos que su ejercicio se apegue irrestrictamente a la Constitución y las normas dictadas conforme a ella.

En línea con el razonamiento expuesto, la sujeción irrestricta a derecho por el órgano administrativo supone el cumplimiento de los requisitos, formas y plazos, como una cuestión primordial para el ejercicio de sus funciones. El incumplimiento de estos requisitos supone la invalidación del acto, sea por su inexistencia, nulidad, o por el ejercicio de la potestad revocatoria del mismo órgano (reconocido en la Ley de Bases), por mencionar algunas de las más frecuentes formas de ineficacia jurídica previstas por el legislador. De hecho, a propósito de la potestad revocatoria, aunque no se pueda considerar de esta forma, el artículo 54 k, inciso tercero, contempla una vía de término, de ejercicio exclusivo

para el Servicio, como es la decisión de no perseverar en el PVC, mediante resolución fundada. Esta decisión encontraba suficiente fundamento en la inactividad, en la oportunidad requerida, por los proveedores convocados al mismo.

De la misma forma, en derecho público ha surgido un mecanismo extintivo de los actos administrativos, que tiene por objeto garantizar la correcta satisfacción del interés general, y que tiene por presupuesto el incumplimiento por parte del interesado de las obligaciones que aquellos les imponen. En este sentido, reproducimos los razonamientos previamente expuestos en relación con la inactividad de los proveedores demandados. Nos referimos a la **Caducidad**.

Sobre el particular, el profesor y actual Contralor General de la República don Jorge Bermúdez, sostiene que la **caducidad** es una "*especie dentro del género de las formas de extinción del acto administrativo, generalmente de los actos administrativos que consagran situaciones subjetivas de carácter favorable, que amplían el patrimonio del destinatario, pero que, a su vez, imponen una carga jurídica que condiciona el ejercicio de la situación jurídica favorable y sus efectos. Ahora bien, en la caducidad administrativa no existe ilegalidad o vicio alguno en el acto administrativo, que habiliten a la Administración del Estado para volver sobre sus actos, sino que* ***simplemente ocurre una circunstancia de***

hecho a la que el ordenamiento jurídico le atribuye el efecto de generar la extinción del acto administrativo"[2]

La caducidad opera sobre un acto jurídico administrativo válido, por lo que no produce el mismo efecto que la invalidación (el efecto retroactivo, por ejemplo). En términos simples, la caducidad se mueve en el campo de la eficacia del acto jurídico y no en el marco de la validez.

Conforme con lo que se viene razonando, la Resolución Exenta 875 de 7 de noviembre de 2019, es un acto que nació a la vida jurídica (aunque pueda reprochársele su dictación aun existiendo recursos pendientes en contra de la sentencia que le sirvió de presupuesto de inicio), y de ella se siguieron básicamente dos requerimientos para su eficacia, a saber, la notificación de la misma a los proveedores y su posterior aceptación por éstos.

En la aceptación del PVC por proveedores convocados vemos que hay, en el orden subjetivo, una situación jurídica favorable para estos quienes, evidentemente, amplían su patrimonio, en el ámbito referido al obtener que el Sernac los espere.

Sin embargo, el legislador ha previsto que la no aceptación oportuna del procedimiento por parte de los proveedores (dentro de los reiteradamente señalados plazos de 5 y 10 días en caso de prórroga) importa tener por FALLIDO el PVC. En este caso,

[2] BermúdezJ. "Derecho Administrativo General", 2ª. Edic., Abeledo Perrot, Santiago, 2011, p. 142, citado por Flores Rivas, Juan Carlos, "La Caducidad de los actos administrativos" en Revista de Derecho, Vol. XXX – N°2, Diciembre 2017, pág. 227.

sin lugar a duda, nos encontramos frente a un caso de caducidad, pues el legislador es quien impone la **obligación para el servicio de certificar dicha circunstancia (la ineficacia del PVC) mediante la respectiva Resolución de término.**

Lo expuesto ha sido refrendado históricamente por la Contraloría General de la República, y así se contiene en Dictamen 89.271/1966[3], Organismo que confirma la caducidad como una sanción que afecta al titular de un acto administrativo de beneficio, que lo priva de éste por inactividad o el incumplimiento imputable de las condiciones o requisitos esenciales del acto administrativo: **La no aceptación oportuna del PVC por los proveedores, en el caso que nos ocupa.**

Pretender que la actitud contemplativa de un servicio del Estado, permita alterar a su arbitrio los requisitos y plazos legales, escapa a toda lógica, y nos lleva al terreno de la absoluta <u>incerteza jurídica</u> pues, de aceptar el razonamiento de los demandados, el PVC podría no tener nunca una fecha de término, lo que resulta absurdo, ilógico y abiertamente ilegal, y contrario a la defensa del interés colectivo de los consumidores.

En consecuencia, procede tener por inoponible a esta parte, así como al H. Tribunal de SS., la resolución exenta número 875 y el fallido PVC, que fundamenta la oposición de los demandados a la demanda deducida.

<u>VI.- LA RESOLUCION IMPUGNADA ANTE EL TDLC:</u>

[3] Citado por Flores Rivas, Op cit.

Que con fecha 19 de enero de 2021 el honorable tribunal de la libre competencia fallo los incidentes impetrados por las demandas SMU y WALMART, acogiendo la solicitud de tener por vigente los procedimientos voluntarios colectivos y por ende determino que se encuentran bajo el supuesto del art. 54 H) inciso cuarto, esto es *"una vez iniciado el procedimiento, ni el Servicio ni quienes se encuentren legitimados para ello de conformidad a esta ley podrán ejercer acciones para proteger el interés colectivo o difuso de los consumidores respecto de los mismos hechos mientras el procedimiento se encuentre en tramitación."* Lo que se traduce en la imposibilidad de esta parte demandante de poder exigir la indemnización de perjuicios a las demandadas por las conductas colusivas que los llevaron a una condena por parte del mismo tribunal, ratificada por excelentísima Corte Suprema de este país.

Lo primero que debemos destacar del fallo es el fundamento que se encuentra en el considerando 20°, que se transcribe a continuación:

"**20.** *Que, no cambia la conclusión anterior el hecho que Agrecu haya cuestionado la validez o eficacia del PVC, o que pretenda demostrar su caducidad, argumentando que dicho procedimiento ha sido sustanciado por el Sernac infringiendo las normas que lo regulan (V.gr. plazos o medidas de publicidad establecidas en la LPC). Lo anterior, por cuanto los actos de la administración gozan de presunción de legalidad, imperio y exigibilidad desde su entrada en vigencia, salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa o jurisdiccional (articulo 3°, inciso final, de la Ley N° 19.880), lo que no consta*

que haya acontecido; y por cuanto dichas alegaciones versan sobre materias que escapan de la competencia otorgada por ley a este Tribunal;"

Esta parte ha alegado la inoponibilidad de la Resolución Exenta N° 875 de SERNAC, por carecer de toda legalidad que ampare su existencia, y que la Resolución recurrida no analiza limitándose a reproducir principios administrativos que, si bien son válidos, no lo son para el caso de autos, por ser la Ley 19.880 supletoria y la ley 19.495 especial, en cuanto al procedimiento administrativo especial contenido en la misma denominado procedimiento voluntario colectivo.

La primera observación a la citada conclusión del fallo es que olvida que se trata de una presunción simplemente legal, por lo que no puede acoger ese criterio sin razonar que es la ley quien establece la sanciones en razón de los plazos, por lo que se infringe el principio de legalidad, de igualdad ante la ley y el derecho a la defensa.

Se ha dejado en la indefensión a esta parte por un acto de la administración que no cumple con ninguno de los presupuestos legales de su validez, como asimismo, aún aceptando su supuesta validez, se ha desconocido en la sentencia recurrida la expresa sanción legal a dicho acto que por disposición de la ley 19.496, que declara ipso jure, la sanción de caducidad del acto declarándolo fallido si es rechazado por las partes, como ocurre en la especie, o caducado si excede los plazos, como también ocurre.

Es la Ley la que ordena la sanción a dicho acto, todo lo cual no ha sido razonado ni considerado por el fallo recurrido.

VII ANÁLISIS DE LAS ALEGACIONES FORMULADAS POR LOS INCIDENTISTAS/DEMANDADOS QUE DIERON ORIGEN AL FALLO IMPUGNADO

A.- Con relación a la alegación de nulidad:

La Ley 19.496 (Ley del Consumidor) en su artículo 54 H) en adelante establece un procedimiento nuevo dentro de la ley de protección al consumidor cuyo fin es obtener una solución expedita, completa y transparente, en caso de que existan conductas que afecten el interés colectivo o difuso de los consumidores sujeta a los principios básicos de economía procesal, indemnidad del consumidor, publicidad, la integridad y el debido proceso. Citando la letra H) invocada precedentemente "*El procedimiento se iniciará por resolución del Servicio, la que será dictada de oficio, a solicitud del proveedor, o en virtud de una denuncia fundada de una asociación de consumidores, y será notificada al proveedor involucrado. Esta resolución indicará los antecedentes que fundamentan la posible afectación del interés colectivo o difuso de los consumidores y las normas potencialmente infringidas*." En los incidentes presentados ante el tribunal de SS., y según los antecedentes en autos el SERNAC comenzó a fines del año 2019 un Procedimiento Voluntario Colectivo, específicamente con fecha 7 de noviembre de 2019. Sobre la base de este Procedimiento Voluntario Colectivo, las demandadas pretenden alegar nulidad por vía incidental, esgrimiendo su existencia como una circunstancia impeditiva del ejercicio de la acción deducida. Sin embargo, lo que las demandadas convenientemente omiten señalar, es la letra J) del artículo 54, que establece lo siguiente: *"El plazo máximo de duración del procedimiento será de tres meses, contado a partir del tercer día de la notificación al proveedor de la resolución que le da inicio.*

Este plazo podrá ser prorrogado por una sola vez, de oficio o a solicitud del proveedor, hasta por tres meses, por resolución fundada, en la que se justifique la prórroga por la existencia de una negociación avanzada o por la necesidad de mayor tiempo de revisión de antecedentes o para el análisis de las propuestas formuladas. Este plazo no podrá ser extendido cuando la necesidad de la prorroga se explique por un comportamiento negligente del proveedor involucrado en la negociación.

Si dentro del plazo original o prorroga no hubiere acuerdo, se entenderá fracasado el procedimiento, circunstancia que será certificada por el servicio en la resolución de término".

Debemos dilucidar entonces frente a qué situación estamos, debiendo considerar la fecha en que se fundan las resoluciones que las demandadas invocan, si estas fueron dictadas en conformidad a la ley 19.880 y explicar SS., en resumen, el desenlace cronológico de los hechos.

El 7 de noviembre del año 2019 mediante resolución exenta N°875, el Servicio Nacional del Consumidor de oficio aperturó el procedimiento voluntario colectivo, fundando dicha resolución en el inciso segundo del art. 54 letra H) de LPC, por la existencia de antecedentes sobre la posible afectación del interés colectivo o difuso de los consumidores, resolviendo notificar del mismo a las demandadas en autos CENCOSUD S.A., SMU S.A. y WALMART S.A., considerando dentro del mismo en su parte resolutiva numeral 3° "***que el plazo máximo de duración del procedimiento será de tres meses, contado a partir del tercer día hábil, desde la notificación de la presente resolución, el que podrá ser***

prorrogado por sólo una vez, hasta por tres meses, por resolución debidamente fundada."

Y en su numeral 6° señalando "*que los proveedores notificados, deberán manifestar de modo expreso, su voluntad de participar en el Procedimiento Voluntario Colectivo que por este acto se inicia"* Por último en su numeral 7° dice "*que en conformidad a lo previsto en el artículo 54 K de la ley 19.496 el plazo de cinco días para manifestar su voluntad de participación en este procedimiento voluntario colectivo podrá prorrogarse por igual término por una sola vez (…)"* Siendo cada una de las citas transcritas expresión del mandato de la ley contenido en el art. 54 H) en delante de la LPC.

B) La primera referencia que debemos señalar es en cuanto al hecho que la defensa de los demandados y su argumento ante el propio Sernac para no aceptar el procedimiento, (PVC) es que existen recursos pendientes ante la Exma Corte Suprema.

Efectivamente para que exista la habilitación para demandar colectivamente según lo previsto en el Artículo 51 10 inciso 2° en lo pertinente dispone: *"… la acción de indemnización de perjuicios que se ejerza ante el Tribunal de defensa de la Libre Competencia, con ocasión de infracciones a dicho cuerpo normativo,* ***declarada por una sentencia definitiva ejecutoriada****, podrá tramitarse por el procedimiento establecido en este párrafo….."*

De lo anterior se deduce que:

a) si las empresas demandadas rechazan el PVC de Sernac por existir recursos pendientes y Sernac lo acepta están en ese punto declarando fallido el PVC y

señalando que no está Sernac habilitado para iniciar un PVC por no estar ejecutoriada la sentencia definitiva.

b) Bajo este razonamiento el PVC siempre fue extemporáneo ya que la sentencia sólo vino a estar ejecutoriada con fecha 5 de octubre de 2020, en que se dicta el Cúmplase:

"REPUBLICA DE CHILE TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA Santiago, cinco de octubre de dos mil veinte. A fojas 14.622:

por recibido el expediente de la Excma. Corte Suprema. Cúmplase.

Notifíquese por estado diario. Rol C N° 304-16. (del expediente rol 304 de H. TDLC).

Dicho lo anterior resulta ilegal iniciar siquiera un PVC cuando la Ley establece la prohibición de demandar, por cuanto el PVC es un modo alternativo y supuestamente rápido de resolución alternativa de conflictos, que los propios demandados hacen ver al Servicio al oponerse al PVC por "existir recursos pendientes".

SERNAC no tiene un trato especial para la ley, solo se le dan facultades para actuar dentro del derecho en igualdad de condiciones que los demás legitimados activos para presentar demandas colectivas.

A las asociaciones de consumidores se les prohíbe demandar mientras exista un PVC vigente y es por ello que los plazos son perentorios y la sanción la impone la ley, declarando

y ordenando tener por fallido si no aceptan o fracasado si no llegan a acuerdo dentro del plazo.

Llegar a un acuerdo dentro del plazo es un imperativo legal, y en este caso la Ley establece la sanción, esto es declara fallido o fracasado si no llega a cuerdo dentro de plazo.

Lo dicho precedentemente y la sanción ipso jure, por rechazar o no llegar a acuerdo dentro de plazo **tiene su justificación en el hecho de que esta afectando derechos de tercero**s, como es el poder demandar individua o colectivamente mientras se tramita el PVC.

Esta misma circunstancia es la que obliga a Sernac a cumplir con el ordenamiento jurídico que obliga a publicar en el Diario Oficial las resoluciones que afecten el interés de terceros, de lo contrario no existe certeza jurídica, y como no se ha publicado ninguna de las resoluciones de Sernac en el Diario Oficial, es inoponible a terceros, cuyo es el caso.

En resumen de este titulo:

Sernac no pudo iniciar el procedimiento en la fecha señalada por cuanto no se había dictado el cúmplase de la sentencia firme del TDLC.

Es por ello que los demandados le hacen presente que no concurrirán por existir recursos pendientes.

Con lo señalado la Ley 19496 establece la sanción de **tener por fallido el PVC**.

C.- Respecto a la vigencia del Procedimiento Voluntario Colectivo

Debemos destacar que la resolución que da inicio al PVC es la única que se puede leer, y que no se ha publicado la prórroga por tres meses antes del término del primer período con una resolución fundada, como lo establece la Ley y que tampoco se publicó oportuna y fundadamente la resolución que supuestamente suspendió la tramitación del PVC. Dicha resolución exenta administrativa no escapa a la normativa de la Ley de bases que obliga a publicar en el Diario Oficial una norma que afecte a terceros como es el caso. Por **lo que la falta de publicidad del acto administrativo lo hace inoponible**.

Que, con fecha 07 de febrero del 2020el SRNAC, en virtud de lo dispuesto en el artículo 54 J de la Ley N° 19.496 dictó la Resolución Exenta N° 99, la cual, prorrogó de oficio el plazo de duración del Procedimiento Voluntario Colectivo por darse en la especie la causal de prorroga contenida en la norma antes descrita, cual es, la *"necesidad de mayor tiempo de revisión de antecedentes".*

Lo curioso es que los demandados habían expresado su voluntad de no participar a esa fecha por lo que no se explica con quien estaba negociando Sernac.

Sin perjuicio de aquello, el SERNAC haciendo uso de sus facultades y de lo dispuesto en dictamen N° 6.310 de la Contraloría General de la República, con relación a los hechos que son de público conocimiento en relación a la pandemia del Covid - 19 que afecta a nuestro país, con fecha 12 de mayo dictó la Res. Exenta N° 401, la cual, decreta la medida provisional de suspensión del PVC mencionado en el considerando N°1. .

Lo anterior es de suma importancia toda vez que **la ley 19.880 en su artículo 48 letra b) plantea la obligación de publicar en el DIARIO OFICIAL los actos administrativos que "interesen a un número indeterminado de personas".** Cuestión que Sernac jamás ha cumplido y justifica a esta defensa la inoponibilidad del acto administrativo.

Si consideramos válida esa resolución exenta N°99 del año 2020, se entendería que el plazo señalado en la letra J) del art. 54 de la ley 19.496 vencería en mayo de 2020, por cumplirse el límite de los 6 meses que impone la norma, plazo que como transcribimos previamente la resolución exenta N°875 de 2019 que dio vida al proceso, contiene en su parte resolutiva.

Ahora bien, el **día 12 mayo de 2020 el SERNAC** señala que**,** en virtud del dictamen 3.610 del 17 de marzo de 2020, de la Contraloría General de la República, decidió "suspender" este Procedimiento Voluntario Colectivo, por 60 días hábiles, siendo la fecha en que este se debía retomar el 07 de agosto de 2020.

Con dicho argumento viola su propia circular interpretativa contenida en **la Resolución Exenta del SERNAC N°359** de **17 de Abril de 2020,** por la cual establece un procedimiento telemático de audiencias, incluso la primera audiencia precisamente **en razón de no tener que suspender los procedimientos PVC,** por lo que no justifica la razón de pasar por encima de su propia norma interpretativa buscando una norma de Contraloría para apoyar el favorecer a las empresas demandadas.

De la anterior resolución tampoco existe publicación en el diario oficial, incumpliendo nuevamente la normativa vigente de la ley 19.880 en cuanto a la obligación de publicar en el diario oficial los actos administrativos que interesen a un número indeterminado de personas.

Lo señalado precedentemente muestra el actuar contrario a derecho del Sernac, actuar que no le es oponible a esta parte por cuanto es ilegal.

Resumiendo, si consideramos válido y ajustado a la norma toda la prórroga de este procedimiento, a saber, la Resolución Exenta N°99 que extendió el PVC hasta mayo de 2020 a pesar que los demandados aún no aceptaban participar en el PVC y luego la suspensión de este el día 12 de ese mes por la resolución N°401, computando los plazos correctamente nos daría que los 6 meses de la norma previamente transcrita (letra J del art. 54 de la LPC) todos los plazos estarían cumplidos en la semana del 26 agosto o 19 días después de levantarla ilegal suspensión. Todo lo anterior, basado en la conjetura de considerar como válido un acto de la administración que como hemos señalado es abiertamente contrario a la norma.

De la norma transcrita, la letra J) del art. 54 se puede concluir lo siguiente (i) que el plazo máximo es de tres meses (ii) que sólo puede prorrogarse una sola vez, por otros tres meses (iii) que dicha prórroga debe ser de oficio o a solicitud del proveedor por existir una propuesta de solución y siempre por resolución fundada (iv), por lo anterior no pudo prorrogarse por no existir una propuesta y menos en un PVC en el cual expresamente el proveedor que además había manifestado su decisión de no participar y que la LPC no

contempla la suspensión de este procedimiento haciendo expresa referencia al "plazo original" (v**) que pasado el plazo original o la prorroga (seis meses) "se entenderá fracasado**" y la ley ordena al servicio a constatar o ertificar dicha situación en la resolución de termino. El no dictar la resolución de término en la que se certifica el cumplimiento de los plazos no hace que los plazos legales sigan corriendo. en efecto el acto administrativo pierde eficacia jurídica y prima el actuar de hecho de la administración por encima de la Ley.

De lo anteriormente razonado, se colige que, con relación al PVC entre SERNAC y los demandados, el plazo impuesto por la norma efusivamente citada (letra J art. 54 LPC) se encuentra absolutamente vencido por el solo ministerio de la ley a los tres meses, por cuanto la resolución de prórroga no cumple con los requisitos legales para extender por tres meses el PVC y aun entendiendo que válidamente se hubiese prorrogado ambos plazos están vencidos.

SERNAC se rige por normas de **orden público,** el derecho del consumidor contiene normas de orden público en favor de los consumidores y la Ley no permite prorrogar sin que existan negociaciones o propuestas avanzadas o revisión de antecedentes sea de oficio o el requisito previo de solicitud del proveedor, y que si el proveedor no participa, la ley contempla la sanción declarando que se entiende FALLIDO el PVC. Que asimismo por disposición expresa de la Ley al cabo del plazo (tres meses, ya que la prórroga no cumple requisitos legales) la ley determina que el procedimiento está FRACASADO, y a mayor abundamiento la ley no permite suspender los procedimientos legales en curso o extenderlos más allá de lo indicado por la ley, siendo el caso de marras un intento

inexplicable, toda vez que é,l mismo fue iniciado hace **más de un año**. La resolución N°401 que suspende dicho procedimiento no es oponible a esta parte, toda vez, que en primer lugar no cumple con los requisitos legales y en segundo lugar, si se considera como válida, el PVC a la fecha se encontraría terminado por haberse cumplido latamente el plazo señalado en la LPC para la extensión del mismo. La única lectura posible es que la alegación la hacen a espaldas de la norma o que nunca se suspendió y se usa un resquicio para pasar por sobre la ley y ampliar artificialmente los plazos.

De este modo debe desestimarse la alegación relativa a la existencia de un PVC que de estar vigente no permitiría presentar la presente demanda, por cuanto, como se ha dicho, el acto no fue publicado en el diario oficial, lo que lo hace inoponible, y que el plazo legal , de existir un PVC legal ya ha vencido en todas y cada una de sus posibilidades, por lo que, no les oponible a esta parte demandante.

D.- Respecto a la aceptación por las demandadas de participar en el PVC

Las tres empresas requeridas por este libelo deberían haber seguido el siguiente mecanismo de la Ley 19.496 para formar parte del proceso voluntario colectivo: Artículo 54 K.-*" Notificada la resolución que dé inicio al procedimiento, el proveedor tendrá un plazo de cinco días para manifestar por escrito al Servicio su voluntad de participar en éste. Este plazo podrá prorrogarse por igual término, por una sola vez, si el proveedor lo solicita fundadamente antes de su vencimiento. Si al término del plazo original o prorrogado el proveedor no expresa su voluntad, el procedimiento se entenderá fallido y el Servicio certificará dicha circunstancia mediante la dictación de una resolución de término ".*

De la norma transcrita se puede apreciar que la fecha para hacerse parte del procedimiento era en el mes de noviembre de 2019, no siendo posible su aceptación como parte del proceso en fechas posteriores como plantean estos. Lo anterior sería aceptar una vulneración más a la normativa vigente y haría inocuo el estado de derecho que rige las actuaciones del estado, entregando completa discrecionalidad al Servicio Nacional del Consumidor para desempeñarse como estimare conveniente sin respeto a las limitaciones que tanto la ley como la constitución le exigen.

Las demandadas, en sus respectivos incidentes, hacen mención a que no se hicieron parte de este procedimiento voluntario colectivo por la existencia de recursos procesales pendientes, pero señalan que se hacen parte, reconociendo y confesando la extemporaneidad de la misma, después del Fallo de la Exma. Corte Suprema, pero para iniciar acciones, sea voluntarias o judiciales **debió esperar la certificación de ejecutoria de la sentencia que finaliza el proceso ante el tribunal de TDLC**. Para ser coherente con su propio argumento.

En el caso de "SMU" la fecha de la carta publicada en el sitio web de SERNAC donde acepta ser parte de este procedimiento tiene fecha de 26 de junio de 2020, que como vimos produce dos escenarios adversos para la demandada. El primero es el que sostiene esta parte demandante al señalar que la falta de cumplimiento de los requisitos legales para la validez del acto administrativo de "prórroga" produce la inoponibilidad del acto jurídico y por ende la caducidad del PVC en una fecha anterior a la intención de participar del mismo por parte de SMU. Y la segunda consecuencia, en caso de que esa prórroga sea "válida" es

que no era posible hacerse parte durante la suspensión del procedimiento por no estar ejecutoriada la sentencia. Si la demandada admite que se hizo parte durante esa suspensión entonces el plazo de 6 meses, se encuentra una vez más completamente vencido porque derivada de aquel acto primigenio que efusivamente citan en sus respectivos incidentes, que comenzó en noviembre del año pasado dando paso a lo que restaba del plazo de meses que señala la norma o los días restantes del mes de mayo, cuestión que como se explicó precedentemente fuerza a concluir que el mismo se encuentra "FRACASADO".

A mayor abundamiento Walmart a fs. 4 de su presentación señala "*Sin embargo, a la época de la dictación de la Resolución N°875 –a saber, el 7 de noviembre de 2019–, aún se encontraba pendiente el fallo del recurso de reclamación deducido por Walmart Chile en contra de la Sentencia N°167, recurso que –como señalamos supra– terminó resolviendo la Excma. Corte Suprema recién en abril de 2020*". Debido a ello, y considerando que una intervención en el PVC podía entorpecer el derecho de defensa de Walmart Chile en el procedimiento judicial que se hallaba en curso en ese momento ante la Excma. Corte Suprema, Walmart Chile respondió la Resolución N°875, por medio de carta de **20 de noviembre de 2019, comunicando al Sernac su decisión de no participar de dicha instancia**, y en consecuencia por aplicación de la Ley que rige el acto quedo FALLIDO ipso jure en PVC

A confesión de parte relevo de prueba.

En consecuencia, por el sólo ministerio de la Ley y transcurrido el plazo original impuesto para la ejecución completa del PVC, la comunicación de la voluntad de no aceptar

el procedimiento (PVC) por parte de Walmart es extemporánea. No existe en la Ley la situación descrita por el demandado que, con posterioridad a su negativa de participar en el PVC, pueda éste revivirlo toda vez que, por mandato expreso de la Ley, el plazo para hacerse parte es máximo 10 diez desde notificada la apertura del PVC, cuestión que en la especie la demandada admite.

Todo sin perjuicio de lo señalado en cuanto a la ilegalidad de la primera renovación del plazo, que se produce sin que las demandadas hayan aceptado participar, lo que manifiesta la ilegalidad de dicha acción de la Administración.

Lo anterior por cuanto se rige por la lógica que, de iniciarse correctamente un PVC, éste suspende el derecho a demandar.

En consecuencia, no es indiferente que la Ley señale que por la negativa a participar se entienda fallido, por cuanto habilita a demandar, genera derecho a los terceros a ejercer las acciones suspendidas, cuyo es el caso.

Debemos señalar que si SS. Exma., admite que esa prórroga es "válida" y que la suspensión también lo es, incorporando al demandado al procedimiento una vez más los plazos se encuentran vencidos toda vez que la ley es clara en fijar 3 meses como máximo para llegar a un acuerdo, y otros tres meses si hay avanzados trámites de arreglo, cuestión que se hubiera cumplido al pasar los 19 días que le restaban al mes de mayo, desde la reapertura del PVC. El artículo 54 N (LPDC), establece el derecho de las asociaciones de consumidores y los consumidores potencialmente afectados a formular las observaciones

que estimen pertinentes, lo que no puede ocurrir, por cuanto no cumple SERNAC con obligación de publicidad que cita el art. 54 N en relación al art. 54 L primer punto seguido: ..”***a través del mismo medio se informará el estado en que se encuentre el procedimiento y se publicará la solución ofrecida por el proveedor***.” , el incumplimiento de la norma citada hace imposible ejercer los derechos de terceros, pero además da cuenta que no existen tales avances, por cuanto de existir una propuesta tiene la obligación de publicarlo. Por lo que el plazo es de tres y no seis meses, y está ampliamente vencido.

E.- Sobre el plazo administrativo

El Derecho Administrativo cuenta con un marco legal propio, en él se entiende por plazo “...el lapso, el período o el intervalo de tiempo que corre entre dos momentos”, mientras que, por su parte, el término constituye “el límite que culmina ese plazo”. Es decir, cada plazo tiene un momento de inicio y otro de término, entre los cuales transcurre un determinado o determinable período de tiempo.[4]

Luis CORDERO ha señalado que se entiende por plazo “aquel espacio de tiempo que fija el ordenamiento jurídico para que un órgano de la Administración ejerza sus potestades o para que un particular que se vincula con dichos órganos ejerza sus derechos o cumpla sus obligaciones. Mientras en el derecho privado prevalecen los plazos convencionales, en el derecho público los plazos los establece la ley o el reglamento”[5] . En específico, el

[4] Quezada, Flavio: El termino de los plazos administrativos: análisis crítico de la jurisprudencia de la Contraloría general de la república. Revista de Ciencias Sociales, Valparaíso Número 69, 2016. Páginas 189-221.
[5] Cordero, Luis: Lecciones de Derecho Administrativo. Thomson Reuters, Santiago, 2015. Pág. 390-391.

problema que acá se analiza dice relación con la comprensión correcta del plazo que se encuentra en el art. 54 J) de la Ley 19.496 que dice lo siguiente:

"El plazo máximo de duración del procedimiento será de tres meses, contado a partir del tercer día de la notificación al proveedor de la resolución que le da inicio. Este plazo podrá ser prorrogado por una sola vez, de oficio o a solicitud del proveedor, hasta por tres meses, por resolución fundada, en la que se justifique la prórroga por la existencia de una negociación avanzada o por la necesidad de mayor tiempo de revisión de antecedentes o para el análisis de las propuestas formuladas. Este plazo no podrá ser extendido cuando la necesidad de la prórroga se explique por un comportamiento negligente del proveedor involucrado en la negociación.

Si dentro del plazo original o prorrogado no hubiere acuerdo, se entenderá fracasado el procedimiento, circunstancia que será certificada por el Servicio en la resolución de término."

Como puede ver su SS., debemos distinguir entonces, sobre qué tipo de plazo impone este artículo y para eso haremos un breve repaso sobre las normas que regulan esta materia. *"En nuestro ordenamiento jurídico, el marco general de los plazos administrativos está contenido en diversas disposiciones legales: Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de Administración del Estado (LOCBGAE), Ley de bases de Procedimientos Administrativos (LBPA) y el Código Civil. En primer lugar, el inciso segundo del artículo 8 LOCBGAE impone un principio rector en la interpretación uniformadora de los procedimientos administrativos, al señalar que estos "deberán" ser ágiles y expeditos,*

precisando que solo la ley y reglamentos podrán establecer formalidades. Posteriormente, el mismo cuerpo legal (LBPA) regula diversos aspectos de los plazos administrativos en sus artículos 23 al 27. Para dilucidar el problema planteado, resulta necesario detenerse en los artículos 23 y 25. Este marco legal, configurado por la LOCBGAE y la LBPA, es particularmente relevante, atendido su carácter genérico y supletorio que le otorga el ámbito de aplicación de ambas leyes. (…)El artículo 23 de la LBPA debe leerse con atención: distingue, utilizando la disyunción "y", entre términos y plazos legales, tal como lo hace la doctrina, e impone que ambos sean cumplidos tanto por las autoridades, funcionarios, como a los interesados; de manera que ninguno de ellos podrá desconocer términos si la ley los establece.(…)" [6] Hasta este punto podemos ver el alcance de las disposiciones que regulan este plazo administrativo del art. 54 J) de la ley 19.496. Es necesario entonces destacar que el plazo, o sea, "aquel espacio de tiempo que fija el ordenamiento jurídico para que un órgano de la Administración ejerza sus potestades" es en el caso del Procedimiento Voluntario Colectivo de 3 meses, prorrogables sólo una vez por resolución fundada. La ley en esta parte es explícita al señalar que, si en ese plazo "no hubiere acuerdo, se entenderá fracasado el procedimiento, circunstancia que será certificada por el Servicio en la resolución de término". Debemos señalar una vez más que la resolución exenta que permitió la prórroga del PVC de marras no cumple con los requisitos legales para ser oponible a esta parte. Si el H. Tribunal considera lo contrario, debería entonces concluir forzosamente que el plazo restante de dicho PVC es la suma de lo que restaba del mes de

[6] Quezada, Flavio: El termino de los plazos administrativos: análisis crítico de la jurisprudencia de la Contraloría general de la república. Revista de Ciencias Sociales, Valparaíso Número 69, 2016. Pág. 200.

mayo a la fecha en que se continuó con su tramitación, cuestión que una vez más llevaría a la conclusión de que el mismo se encuentra cumplido o como señala la Ley 19.496, "FRACASADO".

Es deber de esta parte recurrente, sin embargo, señalar que los principios contenidos en el art. 6 y 7 de la constitución política de la república, estos son, el principio de legalidad que someramente significa que *"los órganos del Estado deben someter su accionar a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella"* y el principio de juridicidad definido por la doctrina como "*la sujeción integral a derecho de los órganos del Estado",* requieren que las actuaciones de los poderes públicos se ajusten a la ley y la constitución y <u>es condición necesaria para la existencia de un estado de derecho.</u> Considerar ajustado a derecho al Procedimiento Voluntario Colectivo en el que se encuentran las demandadas, es ir en contra de la expresión literal de la norma que lo regula. Sostener lo contrario y admitirlo dentro de la norma es una vulneración al estado derecho, toda vez que el Servicio carecía de las atribuciones legales para poder **prorrogarlo por más de un año.**

"La actividad administrativa debe ser desarrollada con sujeción al principio de juridicidad, contemplado en los artículos citados. Esta actividad -que según lo dispuesto en los artículos 1º inciso 4° y 5º inciso final de la Carta Fundamental, está encaminada hacia el interés general o el bien común y tiene como límite el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana- debe someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella; los preceptos de la Constitución

obligan a sus titulares; la infracción a la juridicidad generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley; los órganos administrativos precisan de investidura legal, deben actuar dentro de su competencia y en el encuadramiento determinado por el procedimiento administrativo legal; la administración solo puede actuar en las circunstancias previstas por la Constitución o la ley; la contravención a las limitaciones señaladas hará nula sus actuaciones y la hará incurrir en las responsabilidades y sanciones que la ley indica."[7]

Por todas las consideraciones transcritas y razonadas anteriormente es que debemos señalar que El PVC entre Sernac y las demandadas por haber sido rechazado nunca nació a la vida jurídica.

Que de insistir en que sí nació a la vida jurídica al no ser publicado en el Diario oficial, no es oponible a los terceros interesados.

Que de entender que nació a la vida jurídica es incomprensible la primera renovación del plazo en circunstancias que a la fecha no habían aceptado participar.

Que a pesar de todas las ilegalidades el plazo para la ejecución del procedimiento voluntario colectivo se encuentra latamente vencido, en todas y cada una de sus posibilidades. Dilucidar porque el Servicio Nacional del Consumidor decidió no cumplir con la obligación legal del inciso final del artículo 54 J) y en reemplazo de la **certificación** de

[7] Laporte, Michelle. El principio de probidad y publicidad de los actos de la administración y su reconocimiento constitucional. Memoria de prueba, Repositorio UCHILE 2009. Página 89.

término por encontrarse FRACASADO decidió, fuera de las atribuciones que le entrega la ley, separar la tramitación y crear un nuevo plazo, es lo que se debe resolver.

Como parte demandante es que el PVC citado reiteradamente, nos es inoponible toda vez que excede, como ya hemos mencionado, las atribuciones que la ley le entrega al Servicio al negar el efecto jurídico que establece la norma que se produce al terminar el plazo incumpliendo su obligación legal de certificar dicha esa circunstancia y a nuestro juicio por incumplir las normas de publicidad, esto es, no haber publicado en el Diario Oficial, el acto administrativo que da inicio al PVC, como asimismo las supuesta suspensión y prórroga, que en última instancia nunca nacieron a la vida jurídica.

Sostener lo contrario, como hace al resolución recurrida del H. Tribunal de Defensa de la libre Competencia, y señalar que el mismo se encuentra vigente hasta la fecha, implica una renuncia al Estado de Derecho y sus pilares fundamentales: los principios de juridicidad y legalidad, provocando exactamente el efecto contrario que busca esa normativa, consagrada a nivel constitucional, esto es, entregar a los ciudadanos un grado de certeza jurídica para las actuaciones de la administración del Estado.

F.- Incumplimiento a las normas de la Ley 19.880.

La Ley 19.880 establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del estado.

Esta ley de carácter general que obliga a SERNAC es citada en la propia resolución que da inicio al PVC en contra de los demandados. En efecto la Ley de Bases de procedimientos administrativos señala en su artículo 48:

Artículo 48. Obligación de publicar. Deberán publicarse en el Diario Oficial los siguientes actos administrativos:

a) Los que contengan normas de general aplicación o que miren al interés general;

b) Los que interesen a un número indeterminado de personas;

c) Los que afectaren a personas cuyo paradero fuere ignorado, de conformidad a lo establecido en el artículo 45;

d) Los que ordenare publicar el Presidente de la República; y

e) Los actos respecto de los cuales la ley ordenare especialmente este trámite.

Tratándose de los actos a que se refiere la letra c), la publicación deberá efectuarse los días 1º ó 15 de cada mes o al día siguiente, si fuese inhábil.

Artículo 49. Autenticación. Los actos publicados en el Diario Oficial se tendrán como auténticos y oficialmente notificados, obligando desde esa fecha a su íntegro y cabal cumplimiento, salvo que se establecieren reglas diferentes sobre la fecha en que haya de entrar en vigencia."

De la norma transcrita se desprende que se ha incumplido el literal b) de dicha norma por cuanto la resolución exenta 875 de SERNAC de fecha 7 de Noviembre de 2019 ,

que da inicio al PVC, a más de un año atrás,y las distintas resoluciones de suspensión de reapertura de dividir los PVC para artificialmente otorgarles un nuevo plazo, nunca fueron publicadas en el diario oficial, a pesar que su encabezado señala que se dicta en conformidad a las normas de la ley 19496 (ley del Consumidor) y ley 19880 que contiene la obligación de publicar el acto administrativo que interesa a un número indeterminado de personas, cuyo es el caso, por cuanto suspende el derecho a demandar colectivamente o individualmente y que no se ha cumplido.

En consecuencia, por el incumplimiento de la Obligación de publicar en el Diario Oficial, el acto administrativo es inexistente en la vida jurídica, y menos puede ser invocado como acto válido, le es inoponible a los terceros y que aun entendiendo que pudiese ser válido, el plazo de validez de dicho acto está ampliamente vencido en conformidad a las normas de orden público que obligan las actuaciones de SERNAC. Ni el acto inicial del PVC que suspende el derecho a demandar a terceros, ni la supuesta suspensión o prórroga pueden ser oponibles por incumplir la Ley y, en consecuencia, ser un acto viciado con un requisito de existencia incumplido.

G.- En cuanto a la "des acumulación" del PVC

Es necesario hacer nuestros descargos ante el escenario que se produce en el momento que SERNAC decide "desacoplar" los PVC con fecha 3 de Julio a través de la resolución exenta N° 495 y 496 y que los incidentistas ocupan como parte de sus argumentos. Pues bien, como hemos razonado latamente a lo largo de este Recurso, la prórroga del PVC intentada por el servicio carece de requisitos legales esenciales para su

validez y oponibilidad a terceros. Si consideramos como válida dicha prórroga y su suspensión debemos entonces considerar qué significa jurídicamente para esta parte demandante, que el servicio haya decidido intentar procedimientos especiales para cada parte en una fecha completamente arbitraria.

No existe sustento jurídico para tener como válida la participación de las demandadas en el PVC, ya que, el plazo para hacerse parte se encontraba latamente vencido como ya fue razonado anteriormente. La intervención de aquellos debería haber sido rechazada de oficio por parte del servicio, que como ya hemos visto hasta este punto, no parece tener la intención de limitarse por las disposiciones legales que lo regulan. Es forzoso concluir entonces que dicha des acumulación y su resolución exenta escapa completamente del marco legal, no ajustando el SERNAC sus actuaciones a lo expresamente ordenado por la ley, lo que en este caso significaba (i) declarar como FRACASADO el PVC (ii) en caso de considerarse como válida la prorroga, corresponde dar por cumplido el tiempo que restaba del mes de mayo desde que la arbitraria "medida provisional de suspensión" fue dejada sin efecto y una vez más declarar como FRACASADO el PVC y (III) declarar de oficio el rechazo de la participación de los demandados en el mismo en virtud del artículo 54 letra k), cuyo plazo se encontraba latamente vencido.

Negar todo lo razonado hasta este punto es permitir en la práctica que un Servicio del Estado determine como, cuando y donde producen efecto las normas legales que lo regulan, haciendo inocuo el derecho **y permitiendo que la administración del estado se auto regule** según su criterio.

Si las cosas, aun si aceptamos que nació a la vida jurídica y se considera como válida la prórroga, entonces debería concluir forzosamente que el plazo para llegar a un acuerdo en el PVC se encuentra vencido o en los términos de la propia LPC "FRACASADO", toda vez que faltaban días para su término en mayo, cuando el servicio decidió suspenderlo obviando las normas de derecho público que regulan su actuar y su propia resolución exenta que establece la no suspensión del PVC y la realización telemática de las audiencias, incluso la inicial. Una vez más si esa suspensión es válida entonces el plazo a la fecha se encuentra nuevamente "FRACASADO" al pasar los días que restaban originalmente del mes de mayo. La circunstancia de declarar como nuevos procedimiento voluntarios colectivos estas des acumulaciones es una transgresión abierta a los límites que el legislador fijo para la tramitación de estos procedimientos. Lo anterior contrastaría incluso con las declaraciones de los incidentistas que consideran la resolución exenta N°875 de 2019 y estas des acumulaciones como parte del mismo proceso, obviando convenientemente que el plazo para llegar a un acuerdo e ignorando completamente el efecto jurídico que se produce al término del plazo.

De la nulidad de la resolución que revoca la admisibilidad

Las demandas colectivas al amparo de la ley 19.496 trata procedimientos especiales, como el que rigen este juicio, y no contemplan la posibilidad de dejar sin efecto la declaración de admisibilidad por un incidente de esta naturaleza, en la que no se ha contado con todos los medios de prueba ni declaración necesarias.

Contra la resolución que declara "admisible la Demanda" solo es susceptible del recurso de reposición y apelación, y todo otra acción de defensa sea un incidente de nulidad o cualquier otra alegación de fondo debe resolverse en la sentencia definitiva, como lo ha resuelta la Excma Corte Suprema en la resiente jurisprudencia de Conadecus con Agrosuper Rol Corte 1181-2020, lo que lleva a que sin perjuicio de los argumentos ya expresados anteriormente en cuanto al ilegal PVC que da origen a la controversia, el H. TDLC, no pudo acoger incidencia en esta instancia y debió dejarla para la sentencia definitiva, después de que dichas alegaciones hayan sido recibidas a prueba.

En efecto la declaración de admisibilidad está basada en la revisión que realiza el juez del cumplimiento de los requisitos legales, como ha ocurrido en autos y todas las demás materias deben ser resueltas en la sentencia definitiva, por lo cual dejar sin efecto la admisibilidad por un incidente que no tenga relación con los requisitos de la propia admisibilidad son ilegales, ya que no están contemplados en en este tan especial procedimiento.

POR TANTO,

En mérito de lo expuesto y de conformidad a lo las disposiciones legales citadas y lo dispuesto en el artículo 51 numeral 10 inciso 2° parte final de la Ley 19.496

AL HONORABLE TRIBUNAL PIDO : Tener por interpuesto, dentro de plazo y para ante la Excelentísima Corte Suprema, el presente recurso de reclamación; ordenando elevar los autos para ante el máximo tribunal, a fin de que éste enmiende conforme a derecho la

resolución de término que acogió los incidentes de nulidad interpuestos por las demandadas SMU y Walmart, dictada por este H. Tribunal con fecha 19 de enero de 2021, y, en su lugar, resuelva:

- Que se rechazan los incidentes de nulidad interpuestos por las demandadas en SMU y Walmart, en contra de la resolución dictada por el H. Tribunal que declaró admisible la demanda (de fecha 10 de noviembre de 2020) que rola a fs. 15; con expresa y ejemplar condena en costas.
- Que se restablece la resolución que declaró admisible la demanda, por cumplir ésta con todos los requisitos contemplados en el art.52 inciso Lo de la LPC.
- Que se ordena continuar con la tramitación del procedimiento ante H. Tribunal de Defensa de La Libre Competencia, que deberá integrarse por nuevos miembros no inhabilitados.
- Que las demandadas deberán pagar las costas del recurso.

Andres Leon Parra Vergara

Firmado digitalmente por Andres Leon Parra Vergara
Fecha: 2021.01.28 18:46:00 -03'00'