

ULTRA PETITA EN LA FIJACIÓN DE MULTAS EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA: COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA DEL CASO “AMPOLLAS”

ULTRA PETITA IN THE APPLICATION OF FINES IN MATTERS OF ANTITRUST LAW: A COMMENTARY OF THE “AMPOULES” CASE

ESTANISLAO RUBÉN GACITÚA SOSA*¹

RESUMEN

Este comentario de jurisprudencia tiene por objetivo analizar una sentencia dictada por la Corte Suprema respecto de un recurso de reclamación interpuesta por laboratorios involucrados en una colusión relativa a las licitaciones de ampollas, alegando que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia incurrió de un vicio dado que impuso una multa superior a la solicitada por la Fiscalía Nacional Económica. Se analizarán los argumentos a favor y en contra de dicha resolución para efectos de determinar si se configura el vicio de ultra petita, y se propondrá una posible solución que podría evitar que dicha discusión genere conflictos entre tribunales a futuro.

ABSTRACT

This investigation seeks to analyze a Supreme Court judgment centered around a recourse pursued by laboratories involved in a cartel in regards to the tender of ampoules, arguing that the Court for the Defense of Free Competition incurred in a sentencing error by way of a fine priced higher than which was solicited by the National Economics Prosecution. The arguments in favor and against the challenged decision will be analyzed in order to determine if the sentence is indeed flawed, and a possible solution will be proposed that may avoid such conflicts between courts in the future.

PALABRAS CLAVE

Colusión, ultra petita, principio de congruencia, principio de oficialidad, interpretación estricta

KEY WORDS

Collusion, ultra petita, principle of congruence, officiality principle, strict interpretation

¹ Alumno de derecho de quinto año de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Egacitua99@uc.cl.

I. INTRODUCCIÓN:

Este trabajo tiene por objetivo analizar una sentencia dictada por la Corte Suprema respecto de un recurso de reclamación interpuesta por laboratorios involucrados en una colusión relativa a las licitaciones de remedios inyectables de menor tamaño, también conocidos como “ampollas”, alegando que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia incurrió de un vicio al imponer una multa superior a la solicitada por la Fiscalía Nacional Económica. Se analizarán los argumentos a favor y en contra de dicha resolución para efectos de determinar si se configura el vicio de ultra petita, y se propondrá una posible solución que podría evitar que dicha discusión genere conflictos entre tribunales a futuro.

II. HECHOS:

En 2020, ante la Corte Suprema, Rol N° 278-2019, Laboratorio Fresenius Kabi Chile Limitada y Laboratorio Sanderson S.A., presentaron recurso de reclamación en contra de la sentencia del 8 de noviembre 2018, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), que había acogido el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica (FNE), debido a que los laboratorios competidores habían infringido el artículo 3° incisos 1° y 2° letra a) del Decreto Ley N°211.

En cuanto a la conducta investigada por la Fiscalía y eventualmente sancionada por el TDLC, a la hora de recurrir no hubo mayor controversia acerca de la configuración del delito. La Corte Suprema apreció de igual manera los hechos y determinó que efectivamente hubo colusión.

La conducta imputada consistía en “acuerdos para afectar el resultado de procesos de licitación pública convocados por Cenabast, para la adquisición de aquello que la FNE denomina “inyectables genéricos contenidos de menor volumen” o también denominados “ampollas”², y se probó la existencia de estos acuerdos a partir de la existencia de planillas de Excel y correos electrónicos, como también reuniones celebradas entre ejecutivos de Sanderson, Biosano y Laboratorio Rider S.A a partir del año 1999 hasta 2013, año en que se pone término al acuerdo.

Respecto de este último punto, las requeridas alegaron por un lado la ausencia de acuerdos entre 2005 y 2006, como también la prescripción parcial, dado que planteaba que la conducta imputaba se trataba de múltiples acuerdos sucesivos que se concretaban cada año y una vez celebrada la licitación se agotaba por lo que el plazo de prescripción de 5 años (según contemplaba el artículo 20 del DL N°211) ya había transcurrido respecto de las instancias de colusión hasta el año 2008.

Sin embargo, en la sentencia se consideró que se trataba de un delito permanente, haciendo la Corte referencia a un caso similar de colusión, Rol N°6249-2014 en el que la Corte estableció que la colusión:

“configura una infracción permanente pues el comportamiento colusorio entre las empresas requeridas implicaba necesariamente una sucesión de actos en el tiempo destinados a mantener el acuerdo de precios para así seguir aprovechando los beneficios esperados... y, por ende, que no

² LABORATORIO FRESENIUS KABI CHILE LIMITADA Y LABORATORIO SANDERSON S.A. CON FNE (2020).

puede empezar a correr término de prescripción alguno si las requeridas han continuado cobrando precios concertados”.³

Por lo tanto, queda de manifiesto que no hubo interrupción ni prescripción, pero aun si no se hubiese considerado como un delito permanente, el hecho de volver a incurrir en conductas ilícitas haría perder el tiempo de prescripción transcurrido, por lo que la discusión acerca de este punto resulta irrelevante.

III. CONFLICTOS DE APRECIACIÓN: DERECHO ESTRICTO V.S. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

Una vez analizados los hechos y verificada la conducta ilícita, cabe señalar que en lo relativo al monto de la multa hubo una importante controversia entre las apreciaciones del TDLC y la Corte Suprema.

La FNE había solicitado la imposición de una multa a Laboratorio Fresenius Kabi Chile Limitada de 2.000 Unidades Tributarias Anuales y a Laboratorio Sanderson S.A. una multa de 18.000 Unidades Tributarias Anuales. Sin embargo, el TDLC terminó por aplicar a Sanderson una multa de 30.000 UTA y a Fresenius una multa de 2.463 UTA. El TDLC fundamentó su decisión en el artículo 26 letra c) que establecía como máximo la facultad del Tribunal para aplicar una multa de 30.000 UTA cuando el delito se trate de colusión, tomando en consideración en particular la gravedad de la conducta por tratarse no solamente de una afectación al mercado, sino a un mercado de gran relevancia a la salud pública y el gasto público, por lo que el efecto disuasivo de la multa cobraba mayor importancia, motivo que incidió en la aplicación de una multa mayor a la solicitada por la fiscalía.

Tras el recurso de reclamación, la Corte Suprema en su sentencia rebaja el monto de la multa hasta lo solicitado por la FNE en su requerimiento, afirmando que el TDLC no se encontraba facultado para exceder dicho monto, pese a que la ley vigente fijaba un tope mayor, toda vez que las pretensiones de las partes debía fijar el marco del conflicto.

Por lo tanto, en el caso analizado, a la luz del razonamiento empleado por la Corte Suprema, en la sentencia se identifica como eje principal el aparente conflicto entre el principio de congruencia y el principio de oficialidad.

Por un lado, el principio de congruencia sirve de fundamento a los argumentos aducidos por la Corte relacionadas a la *ultra petita* como vicio de la sentencia por haber aplicado una multa mayor a la solicitada por la Fiscalía. Según expresa Balbontín, este principio

“tiene como objetivo delimitar el contenido de las resoluciones judiciales emitidas por los tribunales. Estas deben dictarse conforme con el sentido y alcance de aquellas peticiones que fueron oportunamente formuladas por los litigantes, con el fin de que se verifique una identidad jurídica entre estas con lo resuelto por el juez. Lo anterior tiene como limitación

³ Ídem

que sea la misma ley que le otorgue potestades especiales para poder apartarse de las pretensiones y defensas oportunamente aducidas"⁴.

Por tratarse de una materia de derecho público, a primera vista pareciera de toda lógica que se hubiese interpretado que la sentencia incurría en un vicio, puesto que la interpretación de tales materias es estricta, no pudiendo el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia asumir facultades que no le fuesen otorgadas explícitamente, ni suplir vacíos normativos.

Efectivamente, el DL N°211 no es muy claro en su artículo 20 ya que para iniciar el proceso exige que la demanda cumpla con los requisitos del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil. La Corte Suprema señaló que, al igual que en materia civil, esto implicaba que la solicitud de la Fiscalía fijaba el marco decisorio del TDLC por lo que éste no podía aplicar una multa mayor a la solicitada.

Cabe destacar que los ministros de la Corte Suprema que votaron en contra de la rebaja de la multa basaron sus argumentos en la historia de la Ley N°20.361, y si bien esta fuente es útil para efectos de conocer la intención del legislador de manera tal que permite afirmar que el artículo 20 del DL N°211 no tenía por objetivo enmarcar el conflicto y limitar el actuar del Tribunal sino, como señalan los ministros, buscaba “sólo el establecimiento de requisitos que permitieran realizar un examen de admisibilidad de manera previa a su tramitación.”⁵ Desde luego que, dado el objetivo del TDLC de promover y defender la libre competencia, esta interpretación le permite al Tribunal velar de mejor manera por este bien jurídico de derecho público al poder desechar in limine demandas que carecieran de suficientes fundamentos y así evitar denuncias temerarias. Sin embargo, por el hecho de ser un bien jurídico de derecho público, no pareciera suficiente valerse de la historia de la ley para sustentar los argumentos esgrimidos, ya que tales materias son de derecho estricto por lo que no basta llenar este aparente vacío legal con la intención del legislador.

Es posible que se habrían acogido los argumentos de los ministros disidentes si se hubiesen basado no en la historia de la ley, sino más en el principio de oficialidad, y si bien hay alusiones a estas facultades del Tribunal, se le podría haber dado un mayor enfoque. Por ejemplo, en otro caso del año 2017 conocido por el TDLC, Rol N° C 322-17, este aborda expresamente el principio de oficialidad, señalando que el proceso desarrollado ante este Tribunal protege la libre competencia, un interés público e indisponible, por lo que el juez debía tomar un rol más activo en la “prevención, corrección o castigo, de modo tal que el estándar de control de los actos procesales del actor es mayor que en aquellos casos donde sólo se ven afectados intereses particulares disponibles por las partes”.⁶

A nivel normativo, esto se refleja en la potestad del Tribunal para actuar de oficio para impulsar la tramitación en el proceso (art. 20), decretar medidas cautelares (art. 25), apremiar al deudor al pago de la multa (art. 28) y rechazar una conciliación que atenta en contra de la libre competencia (art. 22), entre otras facultades. Asimismo, a nivel de doctrina, en la causa antes señalada el Tribunal ha acogido el planteamiento de

⁴ BALBONTÍN (2021) p. 17.

⁵ LABORATORIO FRESENIUS KABI CHILE LIMITADA Y LABORATORIO SANDERSON S.A. CON FNE (2020).

⁶ AGC CON FNE (2017).

que el juez “tiene el deber de examinar in limine el contenido de la demanda y satisfaciendo el principio de la eficacia –el resultado útil de la jurisdicción– debe rechazarlas, por cuanto, aun cuando reúnan aparentemente las condiciones de procedibilidad, es evidente que, en lo sustancial, se muestran como inaudibles o infundadas”.⁷

Esto es de gran relevancia en relación con la causa Rol N° 278-2019 en la medida que respalda la postura de que el artículo 20 del DL N°211 no tenía por objetivo limitar el actuar del tribunal, sino que los requisitos establecidos eran meramente formales, permitiendo así realizar el examen de admisibilidad.

Asimismo, más allá de la potestad de desechar in limine demandas, algo que no fue abordado en profundidad por los ministros disidentes de la Corte Suprema fue la relevancia de la sanción para efectos de la admisibilidad del requerimiento. Mientras que la Corte Suprema consideraba que la sanción contenida en el requerimiento de la FNE constituía un marco para la resolución, fijando un tope máximo que era inferior al límite que la ley le concedía al Tribunal.

Sin embargo, en el Rol N° C 322-17 ante el TDLC, el Tribunal señala lo siguiente:

“Es importante considerar que el juzgamiento de las conductas colusorias debe recaer sobre dos cuestiones conexas: la existencia de la conducta coordinada (esto es, del acuerdo colusorio) y la responsabilidad que individualmente cabe a cada uno de los agentes económicos que han acordado actuar de manera conjunta. Luego de ello, procede determinar la sanción que corresponde imponer a cada uno de los partícipes de manera individual. Sin embargo, para efectos del examen de admisibilidad de este tipo de casos, sólo el primero de los aspectos mencionados –la conducta– es relevante: el libelo acusatorio debe permitir conocer y juzgar, en definitiva, si se configura una conducta concertada de aquellas reprochables en esta sede”.⁸

Es decir, para efectos de la admisibilidad del requerimiento, la sanción solicitada, en este caso la multa, no es relevante, por lo que no cabe limitar las potestades del Tribunal que le son expresamente conferidas por el DL N°211 en su artículo 20 letra c) que le permite al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia aplicar una multa “hasta por una suma equivalente a treinta mil unidades tributarias anuales”⁹ en caso de que la conducta verificada se trate de una colusión.

Es más, uno podría argumentar que las posturas analizadas hasta ahora a favor de la decisión del TDLC son irrelevantes, toda vez que la potestad del juez para examinar in limine la demanda es limitada, ya que “si el juez se aparta del material involucrado en el desarrollo del contradictorio y sorprende con una posición jurídica no discutida ni tratada en el proceso, coarta el derecho de defensa al recortar en forma esencial la posibilidad de la parte a efectuar sus alegaciones jurídicas.”¹⁰

⁷ MASIORTA (2017) p. 2.

⁸ AGC CON FNE (2017).

⁹ DECRETO LEY 211 (1973)

¹⁰ Hunter Ampuero (2009)

Sin embargo, la defensa esgrimida por los laboratorios imputados durante el proceso no tuvo relación con la cuantía de la multa, sino que la postura de éstos se centraba más bien en la negación del acuerdo, la negación de los efectos de un supuesto acuerdo, y la eventual prescripción. Por lo tanto, en este caso particular por lo menos, no se habría visto coartado el derecho de defensa de los imputados ya que la cuantía de la pena en ningún punto era un punto de relevancia para los imputados, e incluso se podría afirmar que no habrían cambiado sus argumentos si en el requerimiento inicial de la Fiscalía éste hubiera solicitado como multa el máximo legal, como sí fue aplicado por el TDLC, en vez del monto inferior solicitado en la práctica. La defensa de los imputados habría sido igual, independiente de la cuantía de la multa.

IV: PREVENCIÓN DE CONFLICTOS RELATIVOS A LA AUTONOMÍA DEL TDLC:

Para prevenir conflictos similares a futuro, una posible solución podría ser planteada por el TDLC mediante su facultad de formular recomendaciones normativas al Poder Ejecutivo a modo de zanjar el tema de manera expresa en la ley. La dificultad que presenta esta solución es que su concreción no depende únicamente del TDLC, sino del Poder Ejecutivo y Legislativo en conjunto, por lo que puede tardar en ser promulgada la norma, y tampoco sería el mismo TDLC la entidad redactora, por lo que tampoco habría garantía de que la eventual norma resuelva adecuadamente el problema.

Otra posible solución existe en la forma de auto acordados dictados por el mismo TDLC. Efectivamente, hay una serie de auto acordados dictados por el TDLC que tienen por finalidad reglar aspectos formales del proceso y suplir el silencio de la ley, tales como el auto acordado N° 5/2004 sobre la forma de tramitación de demandas o requerimientos, por un parte, y de consultas, por la otra, cuando recaigan sobre unos mismos hechos, en relación con la aplicación del procedimiento denominado “no contencioso”.

Este auto acordado señala como principal conflicto la posibilidad de que consultas y demandas o requerimientos que recaen sobre unos mismos hechos podrían dar lugar a juicios paralelos y decisiones contradictorias, y que "el Decreto Ley 211 no ha reglamentado la tramitación que debe dársele a dichas consultas y demandas o requerimientos, en el caso de producirse la situación descrita"¹¹. Por lo tanto, se observa que el Tribunal reconoce que hay un potencial conflicto de naturaleza procesal que no es resuelto directamente por el DL 211, por lo que recae en el mismo TDLC reglar el proceso en aquello que resulte deficiente. En el Caso “Ampollas” esto se podría traducir, por ejemplo, en un auto acordado que manifieste expresamente que el TDLC tomará en consideración la sanción solicitada por la FNE, pero que en virtud del principio de oficialidad, ésta no servirá de límite a la sanción eventualmente aplicada por el TDLC.

V: CONCLUSIÓN:

En definitiva, en el caso analizado no es una tarea simple esclarecer la constitución o no de la ultra petita como vicio. Por un lado se aprecia el principio de congruencia y la interpretación estricta de las normas que rigen el procedimiento, y por otro lado está en pugna con el principio de oficialidad en virtud del cual el TDLC

¹¹ AUTO ACORDADO N°5 (2004)

puede cumplir su rol de promover y proteger la libre competencia con mayor eficacia. Asimismo, se debe tomar en consideración la historia de la ley a partir de la cual se desprende la intención del legislador de no restringir la capacidad resolutoria del Tribunal a aquello señalado en la pretensión de la Fiscalía, sino que por tratarse de un bien jurídico de derecho público resguardado por la ley mediante sanciones con límites específicos, pareciera no corresponderle a la Fiscalía fijar un nuevo límite en el requerimiento sino al Tribunal aplicar la sanción luego de informarse mediante el proceso y hacer ejercicio de las potestades que le son conferidas por ley.

Por otro lado, dependiendo de la postura que uno adopta, las soluciones propuestas serán más o menos difíciles de llevar a la práctica, dado que, si la postura propuesta por el TDLC no es aceptada por el ejecutivo o los legisladores, difícilmente llegará a haber una norma que zanje el conflicto, y aun si el TDLC tratara de resolver el tema de manera independiente mediante un auto acordado, cabe la posibilidad de que la Corte Suprema nuevamente se oponga si es que llegase a conocer de algún recurso que argumentare que el TDLC se había excedido de sus facultades legalmente reconocidas, lo cual no es el caso por los motivos ya señalados, pero ciertamente presenta un potencial impedimento a la solución planteada.

Bibliografía Citada:

1. Balbontín, Marisol (2021), Alcances del principio de congruencia procesal en relación con el aforismo iura novit curia en el recurso de apelación, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
2. HUNTER AMPUERO, Iván (2009): “EL PODER DEL JUEZ PARA RECHAZAR IN LIMINE LA DEMANDA POR MANIFIESTA FALTA DE FUNDAMENTO”, *Ius et Praxis*, V. 15, N°2, p. 117-163.
3. MASCIORTA, Mario (2014): “Potestad judicial de rechazar in limine pretensiones”, *Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 13.576: p. 2.

Normas e instrumentos citados:

1. DECRETO LEY N° 211 (22/10/1973), Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia.
2. AUTO ACORDADO DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA N°5 (22/07/2004), sobre la forma de tramitación de demandas o requerimientos, por un parte, y de consultas, por la otra, cuando recaigan sobre unos mismos hechos, en relación con la aplicación del procedimiento denominado “no contencioso” del artículo 31 del texto en vigor del Decreto Ley N° 211.

Jurisprudencia Citada:

1. AGC CON FNE (2017): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2 de agosto de 2017 (recurso de reposición), pp. 1-4.
2. LABORATORIO FRESENIUS KABI CHILE LIMITADA Y LABORATORIO SANDERSON S.A. CON FNE (2020): Corte Suprema, 27 de enero de 2020 (acción de reclamación), pp. 23-65.