

<b>Tribunal de Origen</b>	<b>Tribunal de 2nda Instancia</b>	<b>CS</b>	<b>Demandado</b>
<b>1° SJL Civil de Santiago C-37.607-2009</b>	<b>3era Sala CA Santiago N° Civil 109-2014</b>	<b>2nda Sala CS Rol N° 1.540-2015</b>	<b>FASA</b>

**NOMENCLATURA** : 1. [40]Sentencia  
**JUZGADO** : 1º Juzgado Civil de Santiago  
**CAUSA ROL** : C-37607-2009  
**CARATULADO** : SERVICIO NACIONAL D/FARMACIAS

Santiago, diez de Octubre de dos mil trece

**VISTOS:**

Se ha iniciado este proceso Rol N° 37607-2009, caratulado "Servicio Nacional del Consumidor con Farmacias Ahumada S.A", por demanda en juicio sumario por vulneración al interés colectivo de los consumidores por infracción al deber de reparación, interpuesta por don José Roa Ramírez, Director del Servicio Nacional del Consumidor, domiciliado en calle Teatinos N° 50, Piso 1, comuna de Santiago, en contra de Farmacia Ahumada S.A, sociedad del giro de farmacias independientes, representada legalmente por don Marcelo Weisselberger Araujo, se ignora profesión u oficio, ambos domiciliados en calle Miraflores N° 383, Piso 6, comuna de Santiago; por infracción al artículo 12, en relación con el artículo 3, letra e), de la Ley 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

Declarada admisible la demanda, y cumplidos los trámites establecidos en la ley, se llevó a efecto la audiencia de contestación y conciliación, en la cual el demandante ratificó la demanda, y la demandada contestó la demanda, mediante minuta escrita rolante a fojas 229. Posteriormente, se recibió la causa a prueba, constando en autos la documental, testimonial, y confesional rendida por las partes; transcurrido el plazo para hacer observaciones a la prueba, se citó a las partes a oír sentencia.

**CONSIDERANDO:**

**I) EN CUANTO A LA OBJECCIÓN DOCUMENTAL:**

**1º)** Que, a fojas 410, la parte demandante objetó los documentos acompañados por la demandada a fojas 357, esgrimiendo como fundamentos, el hecho de emanar de terceros ajenos al juicio; carecer de autenticidad e integridad; y por emanar de la propia parte que lo presenta.

Por otra parte objetó los documentos acompañados a fojas 346, por tratarse de "*impresiones computacionales*" respecto de las cuales a su parte no consta su integridad.

**2º)** Que, los argumentos esgrimidos en sustento de las objeciones planteadas, apuntan en definitiva a cuestionar o controvertir el mérito o valor probatorio de los instrumentos, correspondiendo a esta sentenciadora, al momento de ponderar o valorar la prueba rendida, conforme lo establece la ley, otorgar el mérito de prueba correspondiente a cada instrumento presentado en juicio, lo que conduce a que la objeción sea desestimada.

**3º)** Que, en el segundo otrosí de fojas 318, la parte demandada objetó los documentos acompañados por el actor mediante escrito rolante a 300, manifestando respecto de los documentos signados con los n°s 1 a 26, que son fotocopias simples de documentos privados, y carecen de autenticidad; respecto de los documentos signados con los números 27 y 28, sostiene que ellos emanan de un tercero, como son la Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, quienes no han comparecido en autos ni han sido citados a declarar en calidad de testigos, por lo que carecen de todo valor probatorio; respecto de los documentos signados con el número 29, señala que han sido acompañados en forma incompleta, y por lo tanto no son íntegros, por ello no pueden ser considerados en el fallo; finalmente, respecto de los documentos signados con los números 30, 31, 32, 33, y 34, sostiene que son copias simples de documentos emanados de terceros, los cuales no han comparecido a reconocer su autenticidad ni su integridad, careciendo por ello de valor probatorio; haciendo presente además que dichos documento corresponden a reportajes periodísticos, que dan cuenta de la opinión de su autor, pero que no acreditan en caso alguno las circunstancias señaladas.

**4º)** Que, al igual que en la objeción anteriormente razonada y resuelta, los argumentos esgrimidos en sustento de las objeciones planteadas, apuntan a cuestionar o controvertir el mérito o valor probatorio de los instrumentos, correspondiendo a esta sentenciadora, al momento de ponderar o valorar la prueba rendida, conforme lo establece la ley, otorgar el mérito de prueba correspondiente a cada instrumento presentado en juicio, lo que conduce a que la objeción sea desestimada.

## **II) EN CUANTO A LAS TACHAS:**

**5°)** Que, a fojas 308, la parte demandada tachó a los testigos don Guillermo Fuenzalida Zickendraht y don Francisco Javier Riveros Jimenez, fundada en lo dispuesto en los numerales 4 y 5 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto los testigos han declarado tener una relación de dependencia con la parte que lo presenta en juicio, manifestando además que su régimen de contratación es a plazo fijo, y su renovación depende de la parte demandante, careciendo, por tanto, ambos testigos de la imparcialidad necesaria para declarar en el proceso.

**6°)** Que, la demandante, al evacuar el traslado conferido, solicitó el rechazo de la tachas opuestas, fundada en que, como ha sido reconocido por la jurisprudencia, las causales de inhabilidad invocadas se relacionan con relaciones laborales guiadas por el Código del Trabajo, no resultando aplicables a quienes se desempeñan bajo la legislación del estatuto administrativo, por cuanto dicho cuerpo legal establece un régimen de estabilidad laboral mas riguroso, que permite que el testigo pueda declarar de manera imparcial, más aún si se considera que en el procedimiento de autos, la prueba debe ser apreciada por el Tribunal conforme las reglas de la "*sana crítica*".

**7°)** Que, el artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, en dispone: "*Son también inhábiles para declarar: 4° Los criados domésticos o dependientes de la parte que los presente. Se entenderá por dependiente, para los efectos de este artículo, el que preste habitualmente servicios retribuidos al que lo haya presentado por testigo, aunque no viva en su casa.*

*5° Los trabajadores y labradores dependientes de la persona que exige su testimonio;(...)"*.

**8°)** Que, el demandante, SERNAC, no es una empresa privada, sino que un órgano creado por ley, todo lo cual lleva a establecer la calidad de empleados públicos, de los testigos aludidos, y, por tanto, que éstos no detentan la calidad de "*trabajadores ni labradores dependientes*" de la persona que exige su testimonio, calidades ambas a que alude el artículo 358 del Código de Procedimiento Civil en sus numerales cuarto y quinto, a lo que cabe agregar, en especial que encontrándose aquellos sujetos al estatuto administrativo su

estabilidad en el empleo no está sujeta al mero arbitrio de su empleador, sino que para ser removido o destituido de su cargo, se requiere se inicie la investigación sumaria, a fin de establecer su falta funcionaria, a menos que sea calificado durante los períodos previstos en la ley, en Lista Insuficiente; lo que demuestra, en consecuencia, que en la especie las inhabilidades planteadas no pueden prosperar.

**9°)** Que, a fojas 431, la parte demandante tachó al testigo don Paulo Montt Rettig, fundada en lo dispuesto en los numerales 4 y 5 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que de lo declarado por el testigo se desprende que éste mantiene una relación de subordinación laboral con la parte que ha solicitado su declaración en el presente juicio, hipótesis precisamente contemplada en los numerales señalados.

**10°)** Que, al evacuar el traslado conferido, la parte demandada expuso que el testigo es un prestigioso abogado de la plaza, y en calidad de tal ha prestado servicios a un estudio jurídico que tiene, entre muchos otros clientes, a FASA; y que en ningún grado dependen los intereses económicos personales del testigo por los resultados del juicio; agregando que éste tampoco recibe instrucciones directas ni labora en forma dependiente ni presta habitualmente servicios retribuidos a FASA.

**11°)** Que, de los dichos del testigo, no logra configurarse un vínculo con carácter de subordinación o dependencia, siendo inaplicable, en consecuencia, las tachas deducidas, lo cual conduce, necesariamente, a su rechazo.

**12°)** Que, asimismo, la misma parte, tachó a los testigos don Jaime Fernando Palma Gutiérrez y don Alvaro Nicolás Brito Pons, fundada en lo dispuesto en los numerales 4 y 5 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto de las declaraciones de ambos, se desprende que mantienen una vasta relación de subordinación laboral y dependencia económica, con la parte que solicita su declaración, siendo, en consecuencia, evidente la imparcialidad de ambos testigos.

**13°)** Que, la parte demandada, al evacuar el traslado conferido, solicitó el rechazo de las tachas opuestas, manifestando que los testigos son profesionales altamente calificados, que ocupan nivel gerencial en FASA; que sus remuneraciones no se encuentran vinculadas de ningún modo a los

resultados del juicio, como tampoco las funciones que desempeñan en FASA, y que la legislación laboral actualmente vigente otorga los debidos resguardos para permitir que un empleado preste declaración con libertad.

**14°)** Que, teniendo presente lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, y habida cuenta de que ambos testigos han manifestado expresamente que *trabajan* para Farmacias Ahumada S.A, y que perciben por ello, como es lógico, una remuneración, cabe acoger la tacha opuesta, por detentar los testigos la calidad de *dependientes* de la parte que los presenta en juicio.

### **III) EN CUANTO AL FONDO:**

**15°)** Que, a fojas 3, don José Roa Ramírez, Director Nacional del Servicio Nacional del Consumidor, interpone demanda en juicio sumario en defensa del interés colectivo de los consumidores por infracción a la Ley 19496, en contra de Farmacias Ahumada S.A, representada legalmente por don Marcelo Wiesselberger Araujo, y pide se declare la infracción a las normas de la Ley 19496.

Funda su demanda en, síntesis, en no haber cumplido la demandada con aquello que públicamente ofreció, y como consecuencia de ello, no haber reparado adecuada y oportunamente todos los daños sufridos por los consumidores afectados por su participación en un mecanismo coordinado de alza de precios con su competencia, como fue acreditado ante la Fiscalía Nacional Económica, incumpliendo la Ley 19496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, en sus artículos 12 y 3, Letra e).

Previamente a detallar el fundamento fáctico de su pretensión, hace una lata reseña de los hechos ocurridos con anterioridad al incumplimiento que imputa a la demandada, relativos a las acciones tomadas por su parte, el año 2007, en orden a una serie de monitoreos de precios, ofertas, promociones y en general publicidades, que derivaron en la detección de ciertas infracciones por las que se presentaron una serie de acciones judiciales con resultados positivos para los consumidores.

Indica que en aquella época, tres de las grandes cadenas farmacéuticas entraron en una importante guerra de precios, ofreciendo alternativas a cada uno de los consumidores que las visitaban; episodio el cual

derivó en que FASA S.A, denunciara a Cruz Verde por infringir las normas sobre competencia desleal. Alude que la confusión en la que se vieron envueltos los consumidores dio paso al reconocimiento de un hecho cometido por la demandada, en un acuerdo ante la Fiscalía Nacional Económica, cual es, el haber alzado, coordinadamente los precios conjuntamente con su competencia (SalcoBrand S.A y Cruz Verde S.A).

Con fecha 20 de Abril de 2009, y como consecuencia del reconocimiento de que existían miles de consumidores afectados por la conducta que la demandada informó ante dicha Fiscalía, aquella dio inicio al denominado "*Plan de Compensación Clientes Fasa*".

Indica que dicho plan, apuntaba a **compensar de manera integral a los clientes afectados** por alzas de precios producidas entre Diciembre de 2007 y Marzo de 2008, conforme los parámetros establecidos en las normativas que protegen los derechos del consumidor; señalando la demandada que restituiría el 100% del diferencial de precios registrados en el valor de 220 medicamentos en dicho período, y para lo cual destinaría un monto de aproximadamente \$ 2.546.063.735.- (dos mil quinientos cuarenta y seis millones sesenta y tres mil setecientos treinta y cinco pesos); aludiéndose en el mismo plan que ello era una forma de compensar y reparar voluntariamente a los consumidores.

Señala que, conforme los antecedentes del requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, en adelante FNE, el acuerdo entre la demandada y su competencia, supuso alzar los precios de medicamentos considerados productos éticos y notorios, es decir, aquellos cuyas ventas vienen precedidas de prescripción médica; asegurando así las empresas la restricción a los consumidores del marco de libertad de elección o sustitución por otros genéricos o "sustitutos", asegurándose también de un precio predefinido en el marco del acuerdo, ya que el consumidor no podía acceder a un precio más favorable, ni menos cambiar el medicamento prescrito.

Sostiene que con fecha 13 de Abril de 2009, el TLC, ratificó el acuerdo presentado por la FNE y por FASA, y lo declaró como "*No contrario a la libre competencia*", declarando que FASA reconoció haber actuado en los hechos descritos en el requerimiento, en los términos señalados en el acuerdo presentado el 24 de Marzo (2009); agregando que se obligó al pago de una

suma equivalente a una multa, la que por ende "*implica reconocimiento de responsabilidad por los hechos confesados*"

Indica que con fecha 31 de Agosto de 2009, la Corte Suprema, resolviendo el Recurso de Reclamación presentado a propósito de la aprobación del acuerdo, sostuvo que la conciliación convenida entre FASA y la Fiscalía Nacional Económica, satisfacía plenamente las pretensiones de la segunda en el ejercicio de su potestad pública, al reconocer la requerida (FASA) su participación en un mecanismo coordinado de alza de precios con su competencia.

Seguidamente, detalla los alcances y alternativas que ofrecía el plan de compensación en beneficio de los consumidores afectados.

Sostiene que, el 20 de Mayo (2009), la empresa demandada informó que a dicha fecha el proceso de reembolso sólo había alcanzado un 38% de las cantidades ofrecidas y calculadas unilateralmente como el beneficio indebido; siendo equivalente dicho porcentaje sólo a \$ 968.000.000.- (novecientos sesenta y ocho millones de pesos), del total que se comprometió a devolver o restituir. Por dicho motivo, la demandada expuso que debía extender, por otros 30 días, la mecánica ofrecida, prolongándose por tanto el plan de compensación, hasta el día 20 de Junio de 2009.

Señala que con fecha 8 de Julio del mismo año, una vez mas la demandada informa la necesidad de extender el proceso, pero con ciertas modificaciones, ya que en la prolongación anterior se habría logrado la devolución de un bajo porcentaje de las cantidades ofrecidas y calculadas unilateralmente, con un equivalente a \$ 1.400.000.000.- (mil cuatrocientos millones de pesos), señalando la demandada que se implementaría un mecanismo de promociones y ofertas en diversos productos, forma que califica como "*actividad comercial*", y que les permitiría cumplir con lo ofrecido.

En este punto, sostiene que la nueva propuesta vulneró lo ofrecido públicamente por la empresa (plan de compensación), y de paso, los criterios de solución transmitidos por su parte a la demandada; señalando que el daño causado y reconocido por la empresa no fue reparado a la universalidad de personas efectivamente perjudicadas; se hizo una discriminación arbitraria respecto de aquello que sufrieron perjuicio en beneficio de otros que se vieron beneficiados con promociones y ofertas de productos sobre los cuales la



empresa manejaba el flujo de venta; lo cual derivó, o significó, en los hechos, una renuncia a los derechos de los consumidores que quisieran exigir su reparación, por cuanto parte del monto se agotó sin que fuera destinado efectivamente a reparar a aquellos que correspondía.

Indica que, con fecha 29 de Septiembre de 2009, su parte requirió a la demandada a fin de que informara sobre el cumplimiento de lo ofrecido, obteniendo respuesta el día 30 de Octubre del mismo año, señalándosele que *"los resultados que en definitiva se obtuvieron con la aplicación del Plan al 30 de Septiembre (2009) ascendieron en total a \$ 1.931.228.104.-(...)"* de lo que resulta que, a la fecha de la demanda, la demandada declaró un diferencial respecto de lo ofreció compensar originalmente; diferencial que asciende a más de \$ 614.835.631.- (seiscientos catorce millones ochocientos treinta y cinco mil seiscientos treinta y un pesos), ello, sin considerar que durante el período del 21 de Junio al 30 de Octubre de 2009, la empresa indicó haber compensado cantidades mediante el mecanismo de promociones y ofertas asociadas al sistema de productos distintos a los 220 productos originarios.

Señala que con fecha 9 de Noviembre de 2009, su parte requirió a la demandada a fin de que informara de que manera se haría cargo de los incumplimientos detectados, tanto en relación a la cantidad no devuelta (\$ 615.000.000.- aproximadamente) como de las cantidades devueltas a través de la mecánica de promociones y ofertas, denominada *"actividad comercial"*, y que, a la fecha de presentación de la demanda, FASA no demostró que dichas actividades comerciales se ajustaran al marco de lo ofrecido, esto es, reparar íntegramente a los consumidores afectados por la compra de los 220 productos.

Finalmente, con fecha 27 de Noviembre de 2009, y frente a una nueva solicitud de su parte, donde se reiteró la necesidad de que justificara y demostrara que la aplicación de los mecanismos de actividades comerciales estaban ajustados al marco del ofrecimiento público del 20 de Abril del mismo año; ante lo cual la demandada contestó, literalmente que: *"las actividades comerciales, fueron campañas comerciales enfocadas al concepto precio de los medicamentos, de manera de procurar que los consumidores obtuvieran un beneficio directo y mayor al momento de su compra, ofreciendo descuentos de un 50% por sobre el precio de compra, (...) demostrando el gran esfuerzo y el empleo de recursos y logísticas diferentes y adicionales para lograr una mayor cobertura en su presentación y acceso al público, de las que se realizan"*

habitualmente en las campañas de marketing. No estaba previsto en el Plan que FASA debiera validar o contar con la conformidad expresa de ese Servicio (Sernac), ni antes ni menos con posterioridad a la actividad, por lo que no estamos de acuerdo con la observación que a este respecto se nos formula.”.

Sostiene que la empresa informó haber compensado mediante dichos mecanismos, cerca de \$ 410.000.000.- cantidades que no han se ha demostrado como se ajusta al marco del ofrecimiento público del mes de Abril de 2009, haciéndose cargo de reparar íntegramente a los consumidores afectados, debiendo al menos demostrar que se trataron de actividades extraordinarias y que beneficiaban al colectivo afectado y sujeto directo de la declaración pública de FASA, de Abril de 2009.

Con el mérito de lo relatado, sostiene que la demandada ha cometido una infracción a lo dispuesto en los artículos 12 y 3 (letra e) de la ley del ramo; viéndose con ello vulnerado el interés colectivo, lo cual faculta a su parte para accionar, conforme lo dispuesto en el artículo 50 de la norma aludida anteriormente.

Por tanto, y en definitiva, su parte considera que la demandada, al declarar y ofrecer públicamente un mecanismo de solución, se encuentra en la obligación de implementarlo y reparar, tal como ofreció, al 100 % de los **consumidores afectados**; agregando que su declaración unilateral de voluntad, le impone la búsqueda del mecanismo que asegure que los montos de dinero que destinó para reparar el daño causado, ambos unilateralmente declarados, lleguen a sus respectivos destinatarios, sin escudarse en que complicaciones externas le hayan impedido devolver a cada quien lo que le corresponde; manifestando que **la declaración unilateral de voluntad, OBLIGA.**

Como fundamentos jurídicos de su pretensión, alude a la Ley 19.496, y a las infracciones a las normas contenidas en sus artículos 12°, y 3°, letra e); manifestando y haciendo presente el interés de carácter colectivo detrás de su pretensión; manifestando que la demandada ofreció, en forma voluntaria, compensar “*íntegramente*” a los consumidores afectados, lo que no ha sido debidamente acreditado; haciendo presente que éstos últimos corresponden a quienes compraron los medicamentos con alza de precio, y que, sin embargo, no han sido reparados en sus derechos en forma íntegra, esto es,

total, adecuada y oportunamente, lo cual es fruto del incumplimiento de lo ofrecido por la demandada, con fecha 20 de Abril de 2009.

Sostiene que se cumplen los requisitos establecidos en la ley del ramo, conforme lo señalado en el artículo 51 N° 1 y 4, para ejercer la acción colectiva; que su parte tiene la legitimación activa para ello, y que el sujeto pasivo se encuentra determinado.

En definitiva, pide: a) se declare la responsabilidad infraccional de la demandada, ordenando las reparaciones o indemnizaciones correspondientes; b) se ordene el cumplimiento de la obligación incumplida; c) se condene a la demandada al pago máximo de las multas estipuladas conforme a la LPC, por cada una de las infracciones (artículo 12, en relación con el artículo 3° letra e), por cada consumidor que no hubiere sido reparado conforme al ofrecimiento público declarado por la empresa; d) se determine los grupos y subgrupos de consumidores que se encuentran afectados por las infracciones demandadas, calculando, determinando y decretando las indemnizaciones o reparaciones que procedan en razón de los perjuicios ocasionados, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 51°, número 2 de la LPC; e) se ordene que las indemnizaciones o reparaciones y devoluciones que procedan, se efectúen por la demandada sin necesidad de la comparecencia de los interesados, conforme lo dispuesto en el artículo 53 C, inciso penúltimo, de la ley antes referida; f) se aplique toda otra sanción que sea estimada procedente aplicar en derecho; g) se condene a la demandada en costas.

**16°)** Que, a fojas 144, se hicieron parte en el proceso, un total de 77 personas que dicen ser afectadas por la conducta denunciada por el Sernac.

**17°)** Que, en el comparendo de rigor, cuya acta rola a fojas 265, la parte demandada contestó la demanda mediante minuta escrita rolante a fojas 229 y siguientes, en el que, luego de efectuar una sucinta reseña de la demanda, conviene con el Sernac en cuanto a que su parte, en el transcurso del procedimiento seguido ante el Tribunal de la Libre Competencia, alcanzó un acuerdo con la Fiscalía Nacional Económica, materializado en un *Acuerdo de Conciliación* suscrito el día 13 de Marzo de 2009, aprobado por el mencionado Tribunal, y posteriormente confirmado por la Excma. Corte Suprema.

Indica que, sin perjuicio de que la responsabilidad de FASA en relación a los hechos invocados por la FNE se encontraba agotada con ocasión

del acuerdo señalado, su representada confeccionó, de forma libre y espontánea, un *Mecanismo de Reembolso y Compensación a Consumidores*, para todas aquellas personas que hubieren adquirido algunos de los 220 productos contenidos en el Requerimiento de la FNE, durante el período comprendido entre el 1 de Diciembre de 2007 y el 31 de Marzo de 2008, ambos inclusive. Señala que los términos, plazos y condiciones del Plan se encontraban establecidos en una carta de fecha 16 de Abril de 2009, protocolizada bajo el repertorio N° 3650-2009 de la Notaría de don José Musalem Saffie, enviada por su parte a SERNAC.

Señala que el plan aludido establecía tres mecanismos diferentes para compensar a los clientes de FASA, a) Personas que contaban con boletas de compra, b) Personas que no contaban con boleta de venta, pero cuyas compras se encontraban registradas en FASA; y c) Personas que no contaban con documentación de respaldo de su compra, o que no estaban en posición de ser identificadas por medio de su RUT por no haber estado en ningún convenio con FASA.

Sostiene que la demandante imputa a su parte no haber cumplido con el plan ni los mecanismos referidos, y, por tanto, no habría "*indemnizado*" a los consumidores, lo cual constituiría una infracción a lo dispuesto en el artículo 12° y en el artículo 3° de la Ley del Consumidor; respecto de lo cual indica que no es efectivo lo señalado por el actor, por cuanto su parte cumplió íntegra y oportunamente con el plan ya referido, señalando, además, que los hechos descritos en la demanda ni siquiera constituyen la hipótesis infraccional que pretende el actor.

Como excepción o defensa, sostiene que la causa de pedir radica únicamente en el supuesto incumplimiento del plan por parte de FASA; asimismo, hace una distinción entre el alza de precio y el Plan de Compensación, y que lo que el SERNAC pretende lograr, por esta vía, es una indemnización de los perjuicios originados con ocasión del alza, los que se encuentran largamente prescritos.

Por otra parte, esgrime como defensa la falta de legitimación pasiva, toda vez que a la luz de lo dispuesto en el artículo 50 de la ley del ramo, no se cumplen los requisitos para la procedencia de una acción colectiva, por cuanto, no existe un grupo de consumidores, porque FASA no puede ser considerado

como proveedor, y finalmente, no existe vínculo contractual alguno que los vincule.

Asimismo, esgrime la *falta de legitimación activa*, por cuanto, si bien es cierto que el artículo 51 del texto del ramo, menciona al SERNAC entre aquellos que pueden dar inicio al procedimiento especial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, contemplado en el párrafo segundo del Título IV de dicha ley, no es menos cierto que esa sola consideración es insuficiente para determinar que el demandante, por su sola calidad, tendrá siempre legitimación activa para iniciar y llevar adelante la clase de procedimiento como el de marras; manifestando que la competencia del SERNAC se encuentra estatuida en el artículo 58 de la misma ley. Por tanto, indica, no basta que la demanda sea presentada por el SERNAC para estimar, en forma automática que se encuentra legitimado activamente para iniciar el procedimiento del párrafo segundo del Título IV de la referida ley, por cuanto es necesario, además, que los hechos en que se funde la acción sean de aquellos que, de ser efectivos, se encuentren contemplados en la legislación pertinente y puedan dar lugar a la aplicación de dichos cuerpos legales, y que, de no ser así, entonces el SERNAC carece de legitimación activa.

En dicho orden de cosas, sostiene que los hechos en que se funda la acción colectiva no forman parte de las hipótesis contempladas en las normas que se denuncian o reclaman como infringidas por su parte y, por tanto, quien demanda carece de legitimación procesal.

Funda su argumento, en que el plan de compensación impulsado por su parte, no constituye un acto de consumo regulado por la Ley 19496, por cuanto *no importa la entrega de un bien ni la prestación de un servicio por el que se deba un precio o tarifa*, ni tampoco *proviene de un proveedor ni está dirigido a un consumidor*, entendido tales términos como los define la mencionada ley; por tanto, indica que el cumplimiento o incumplimiento de los términos de la oferta de compensación que voluntariamente ha hecho su parte a través del ya mencionado plan de compensación queda fuera del ámbito de competencia que la ley le ha entregado al SERNAC; no debiendo confundirse los actos de consumo que motivaron la actividad de la Fiscalía Nacional Económica en contra de las tres principales cadenas farmacéuticas del mercado chileno, con la decisión de su parte de implementar el aludido plan de compensación

económica, para todas aquellas personas que adquirieron productos en el período.

Hace presente que la aludida oferta de compensación impulsada por su parte, no responde a ninguna sentencia o resolución de ninguna autoridad que hubiere determinado la violación de la ley del consumidor por su parte, así como tampoco respecto de la propia normativa de Defensa de la Libre Competencia.

Por lo expuesto, insiste en que confundir el supuesto incumplimiento del mecanismo de compensación impulsado por su parte, con una eventual infracción de los artículos a que alude el actor en su demanda, es un grave error de derecho.

Sostiene que el ya aludido "*plan*" no es una forma de pagar una deuda de su parte, y no exige ninguna contraprestación por parte de aquellos a quienes va dirigida, y mucho menos consiste en el cumplimiento de alguna condena para el pago de perjuicios dictada por algún tribunal; sin perjuicio de que ello no significa que no obligue a FASA en los términos en que fue planteada la compensación, pero sí significa que este fuera del ámbito de acción que la ley le ha entregado al SERNAC.

Por otra parte, esgrime la excepción de *inexistencia del incumplimiento demandado*, señalando que su parte cumplió cabal y oportunamente el "*plan*", contrariamente a lo señalado por el demandante; ya que como ofrece acreditar, se compensó a todos y cada uno de los consumidores afectados que solicitaron dicha reparación, al restituir íntegramente el mayor valor cobrado por los productos durante el período; controvirtiendo el hecho de que su parte se hubiere obligado a entregar a los consumidores afectados la cantidad de \$ 2.454.308.517.-, ya que dicha suma corresponde a una *estimación* hecha por FASA de los mayores precios pagados por los consumidores, manifestando, además, que FASA se obligó a poner a disposición de dichos consumidores la suma de dinero estimada, siendo responsabilidad de estos últimos reclamar la compensación correspondiente, a través de algunos de los mecanismo anteriormente señalados.

Alude al hecho de que la oferta de su parte NO consiste en pagar una cantidad predeterminada de dinero al conjunto de personas que adquirieron productos en el período, haciendo presente que, si los requerimientos hubiesen

superado "la estimación", FASA igualmente habría estado obligada a satisfacerlos, y que lo propio ocurre cuando los requerimientos no alcanzan la estimación de FASA.

Lo anterior, lo fundamenta en el hecho de que su parte no puede obligar a los destinatarios de la compensación a aceptarla, ya que queda a decisión de cada persona aceptar o no el mecanismo de compensación propuesto; agregando que, de contrario a lo señalado por SERNAC, su parte ha hecho lo posible por compensar a todas las personas que adquirieron productos en el período, y lo ha hecho sin esperar sentencia o resolución judicial que la obligue, demostrando así su firme decisión de recuperar la confianza del consumidor.

Refrenda lo anterior el hecho de que no existe ninguna persona ni consumidor que hubiere solicitado el reembolso o restitución de la diferencia de precio pagada, haciendo uso de los mecanismos establecidos, y que hubiese encontrado como respuesta el rechazo a su solicitud; agregando que el 100% de las solicitudes de restitución fueron satisfechas de acuerdo al "*plan*"; haciendo, además presente, el hecho de que no existe ninguna demanda de consumidor afectado vigente que señale que se ha incumplido el Plan de Compensación, o que hubiere sufrido daño no reparado por su parte.

En el mismo sentido, sostiene que si, a criterio del SERNAC la cifra restituida no ha alcanzado la estimación original de FASA, ello se debe, simplemente, al hecho de no haber existido interés de parte de los consumidores en obtener tal devolución; no existiendo por tanto, el incumplimiento del *Plan de Compensación* y que no puede estimarse como incumplimiento el hecho de no haber los consumidores reclamado la compensación ofrecida.

Seguidamente, esgrime la inexistencia de la infracción denunciada, ya que, de acuerdo a lo dispuesto en la LDC, FASA no puede ser considerado como proveedor, lo ofrecido no puede considerarse como un bien o servicio y los hipotéticos afectados como consumidores. Sostiene que su parte, en su calidad de autor y responsable del *Plan de Compensación*, no es ni puede ser considerado un proveedor, haciendo presente que es un hecho cierto y notorio, que su parte no desarrolla habitualmente la actividad de ofrecer planes de compensación a personas, y por tanto no tiene la calidad de proveedor de

planes de compensación, en los términos señalados por la propia LDC; haciendo igualmente presente, nuevamente, que el plan de compensación no corresponde ni a un bien ni a un servicio de aquellos que un proveedor habitualmente preste; y por último, que los destinatarios del plan no pueden ser considerados consumidores.

Por lo relatado, sostiene que no son aplicables al caso de marras los artículos 3, letra e) y el artículo 12 de la LDC.

Seguidamente, hace precisiones respecto del *plan de compensación*, señalando que el demandante omitió que los tres mecanismos de compensación establecidos en el plan fueron fruto de una larga negociación llevada a cabo entre su parte y quien demanda, institución que a través de su ex-director José Roa Ramírez, impartió numerosas instrucciones a su parte, y fiscalizó constantemente la gestación e implementación del "*Plan*"; haciendo presente que, sin perjuicio de que el plan se encontraba visado por el SERNAC, a medida que fue transcurriendo el tiempo, su parte se percató de que los esfuerzos que había realizado originariamente para recuperar la confianza de sus consumidores no eran suficientes, por lo que optó por modificar las coberturas del plan, augmentándolas en varias ocasiones; modificaciones las cuales fueron protocolizadas en la Notaría de don José Musalem Saffie, siendo informadas y debidamente publicitadas al público general, y comunicadas, asimismo, al SERNAC; modificaciones que son las siguientes:

a) la primera modificación fue realizada con fecha 26 de Junio de 2009, y consistió en la aplicación de un 50% de descuento sobre el precio de todos los medicamento señalados en las bases de la modificación, que hubiesen sido adquiridos entre el 30 de Junio y el 6 de Julio de 2009, estableciéndose como único requisito la exhibición de la cédula de identidad del consumidor;

b) la segunda modificación se realizó con fecha 6 de Julio de 2009, y consistió en la extensión del descuento señalado precedentemente, hasta el día 12 de Julio de 2009;

c) la tercera modificación fue realizada con fecha 30 de Julio del mismo año, y consistió en la aplicación de un 50% de descuento sobre el precio de todos los medicamentos señalados en las bases de la modificación que hubiesen sido adquiridos entre el 3 y el 9 de Agosto de dicho año,



estableciéndose como único requisito la exhibición de la cédula de identidad del consumidor;

d) la cuarta modificación se realizó con fecha 7 de Agosto de 2009, extendiéndose el descuento antes señalado, hasta el día 16 de Agosto de dicho año;

e) la quinta modificación con fecha 16 de Septiembre de 2009, consistente en la aplicación de un 20% de descuento sobre el precio de todos los medicamentos señalados en las bases de modificación que hubiesen sido adquiridos entre el 21 y 26 de Septiembre de 2009, fijándose como único requisito la exhibición de la cédula de identidad del consumidor;

f) Finalmente, la última modificación se realizó con fecha 25 de Septiembre de 2009, y consistió en la extensión del descuento antes señalado, hasta el día 30 de Septiembre de 2009.

Por lo anterior, indica que se demuestra que su parte no sólo dio cumplimiento a lo ofrecido en el plan, sino que extremó los esfuerzos para lograr el objetivo del mismo; agregando que cada vez que FASA fue requerida por algún consumidor afectado por el alza de precios de los productos, lo indemnizó total y completamente, conforme a los mecanismos establecidos para tal efecto.

Seguidamente, alude a la inexistencia de los daños demandados, manifestando que la pretensión del actor en dicho sentido ha de ser rechazada, por no cumplir los requisitos necesarios para su procedencia; haciendo presente lo que la doctrina y jurisprudencia han dicho respecto del *daño*, señalando que los hipotéticos daños a que se aluden en la demanda, no cumplen con los requisitos para ser indemnizados; ya que no existieron ni existen actualmente, haciendo presente que en la demanda no se señala la cuantía de los daños, quienes los habrían soportado, y tampoco la fecha en que se produjeron.

En dicho sentido, sostiene que una eventual condena a su parte importaría un enriquecimiento sin causa de los demandantes, ya que FASA mediante el plan de compensación, como ya se ha dicho, reparó precisamente los daños cuya reparación se pretende con la demanda de autos. Hace presente, además que los supuestos daños que se reclaman, además provendrían del aumento del precio de los productos durante el período.

Hace presente la imposibilidad de cumplir con el Plan de Compensación de acuerdo a lo señalado por el actor, ello, para el improbable caso de que se determine que su parte debe pagar una suma de dinero determinada con anterioridad, y que ello correspondía a una obligación regida por la LDC; toda vez que el hipotético incumplimiento denunciado se debe única y exclusivamente al actuar de terceros, por lo que su parte no puede resultar responsable.

Esgrime como fundamento el hecho de que el actor pretende representar a aquellos consumidores que sencillamente no estuvieron interesados en el plan ofrecido por FASA, invocando para ello un supuesto incumplimiento del plan, que habría causado daños en su patrimonio; incumpliendo con ello el actor, la exigencia legal de que exista un interés colectivo o difuso afectado, pretendiendo, además, hacer extensiva la responsabilidad de su representada a hechos que los propios consumidores debieron practicar, pero que no realizaron; concluyendo dicha idea señalando que "en la especie no hay interés ni afectado".

En el mismo sentido, sostiene que el SERNAC aparentemente, tiene la incomprensible aspiración de que sea FASA quien busque y encuentre a la totalidad de las personas que compraron uno o más de los productos involucrados, y les haga entrega de los valores correspondientes, considerándose así, únicamente, satisfecho el cumplimiento del plan de compensación.

Asimismo, sostiene que, a pesar de lo señalado por el actor, FASA no conoce ni podría conocer la identidad de todas y cada una de las personas que compraron los productos en el período, ya que no puede, no debe, ni tampoco le interesa exigir de cada una de las personas que ingresan a sus locales, su identificación para efectuar la venta; manifestando, que existen ciertos casos en que sí se cuenta con dicho antecedente, pero no en el 100 % de ellos; por lo cual es imposible determinar "el conjunto de consumidores afectados", sin que sean ellos mismos quienes muestren interés en identificarse; agregando, nuevamente, que su parte ha cumplido con diseñar y dar operatividad a distintos mecanismos encaminados a intentar rembolsar a los consumidores la cantidad de dinero que pudieron haber pagado en exceso.

Hace presente que el SERNAC, sólo podrá darse por satisfecho cuando FASA se desprenda de toda la suma que ha estimado como el probable perjuicio total sufrido por los consumidores, siendo, aparentemente, la intención que el dinero aludido salga de las arcas de FASA.

Concluye la idea, señalando que su parte *jamás ofreció y/o se obligó a que todos los posibles consumidores de productos en el período efectivamente solicitaran la devolución de lo que les correspondía.*

Como argumento jurídico alude a las normas pertinentes contenidas en la Ley 19496.

**18°)** Que, la actora, en orden a acreditar sus dichos, acompañó al proceso los siguientes documentos:

1.- A fojas 393, fotocopia simple de documento denominado "*Informe Sobre Plan de Reembolsos y Compensaciones de Farmacias Ahumada*", elaborado por el Departamento de Estudios & Inteligencia del Servicio Nacional del Consumidor.

2.- A fojas 301, documentos que obran en custodia de Secretaría del Tribunal, bajo el N° 711-12; y que consisten en:

a) Copias simples de Cartas y Oficios relativos a la implementación del "*Plan de Compensaciones Clientes FASA*", sus modificaciones y anexos, enviados entre SERNAC y FASA, en el período comprendido entre el 16 de Abril de 2009 y el 27 de Noviembre de 2009;

b) Documentos relativos a la implementación y funcionamiento del plan de compensaciones, tales como *presentación Power Point*, donde se explica el funcionamiento del plan, fotocopias de comunicado de prensa que informa el plan aludido;

c) Documentos relativos a la causa llevada ante el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, entre la Fiscalía Nacional Económica y Farmacias Ahumada S.A, Cruz Verde S.A, y Salcobrand, por infracción al artículo 3, del Decreto N° 211; tales como requerimiento y actas de conciliación, alcanzado entre la Fiscalía y Farmacias Ahumada S.A;

d) Documentos consistentes en formularios de reclamo presentados por consumidores, ante el SERNAC, motivados por los hechos de autos;

e) Copias de publicaciones en diversos medios de prensa, relativos al Plan de Compensación ofrecido por Farmacias Ahumada S.A, para víctimas de la colusión.

**19°)** Que, asimismo, rindió prueba testimonial, consistente en las declaraciones de los siguientes testigos, que en acta rola a fojas 308 y siguientes, quienes, previamente juramentados, y legalmente examinados, sin tachas, manifestaron lo siguiente:

**Don Guillermo Fuenzalida Zickendraht**, ingeniero comercial, declarando al punto de prueba N° 4 de la interlocutoria rolante a fojas 278, expuso que el monto al que se comprometió FASA, \$ 2.456.000.-, (debió decir \$ 2.456.000.000.-) no fue alcanzado, según la auditoría realizada por Ernest and Young; y que fue inadecuado por cuanto no se llegó a reparar a los consumidores efectivamente perjudicados, porque solamente se pudo comprobar que se reparó a un 20 % de los consumidores afectados por la colusión de precios.

Agregó que el mecanismo de compensación a que la empresa se comprometió fueron tres, devolución a través de boletas, convenios, y compensaciones de precios, y que de ello se logró solamente en las primeras dos, un 20% de cumplimiento. Indica que, la empresa (FASA) al ver que no podía llegar a la cifra comprometida extendió dos veces el plazo de compensación por 30 días, y agregó un mecanismo de compensación a través de promociones u ofertas, entre productos lo que no puede comprobar que efectivamente se compensó a los consumidores afectados por la colusión; mecanismo agregado con la finalidad de financiar campañas comerciales de la empresa, pero sin llegar realmente a los consumidores afectados. En dicho sentido, sostiene que FASA se comprometió a que se hiciera una auditoría por una empresa externa para comprobar que se hubieran cumplido los montos ofrecidos por la empresa.

Por otra parte, señaló que los hechos relatados le constan por la auditoría realizada por Ernest and Young, manifestando que la empresa demandada envió dichas auditorías por intermedio del departamento de estudio del SERNAC, y respecto de las cuales se elaboró un estudio técnico, con el objetivo de saber si se habrían cumplido los montos comprometidos por FASA, documento denominado "*Informe sobre Plan de Reembolsos y Compensaciones*

*Farmacias Ahumada*", de fecha 4 de Octubre de 2011, elaborado por el Jefe de la Unidad de Investigación y Proyectos del SERNAC, documento respecto del cual participó en su elaboración.

Sostiene que la metodología ocupada para elaborar el documento, fue la revisión de los tres informes de Ernest and Young, para detectar el número de afectados, mecanismos de compensación, y si los montos coincidían con lo propuesto por FASA. Indica que las conclusiones fueron que dicha parte no logró llegar al monto comprometido, ya que según la auditoría llegó sólo al 76 % de cumplimiento global de los tres mecanismos señalados; y solamente a un 21 % en la devolución a través de boletas y convenios; y finalmente, señalando expresamente que ello no se puede comprobar en cuanto a haber efectivamente compensado a los consumidores afectados, y que corresponde al mecanismo de compensaciones mediante ofertas o promociones.

Manifestó que conoce el Plan de Compensación elaborado por FASA, que la primera etapa de vigencia era por tres meses, desde Abril de hasta Junio de 2009.

Finalmente, expuso que el monto de compensación a que se obligó FASA corresponde a aquél que se encuentra en el protocolo firmado por dicha parte ante Notario, y en la auditoría realizada por Ernest & Young.

A su turno, el testigo **don Francisco Javier Riveros Jiménez**, declarando al punto 4 de la interlocutoria de prueba, expuso que la reparación incompleta se dio porque los montos son menores a los pactados, por cuanto éstos eran del orden de \$ 2.500.000.000.-, manifestando que se alcanzó un 75 % de cumplimiento del monto convenido; agregando que hubo un período de desfase (según así está estipulado en las auditorías) en cuanto a la oportunidad, ya que la compensación comenzó a cumplirse alrededor de un año después.

Señala que fue inadecuado, ya que hubo una forma de compensación mediante descuentos, los cuales no proceden con la compensación directa a los usuarios afectados.

Manifiesta que los montos señalados los obtuvo de una auditoría realizada por Price Waterhouse, documento que trató directamente con su jefatura, y que le fue encomendado revisar dicha auditoría para calcular las compensaciones, y que dicho análisis se plasmó en el "*Informe sobre Plan de*

*Reembolsos y Compensaciones Farmacias Ahumada*”, y respecto del cual fue verificada la metodología realizada por la auditora, arribándose a la conclusión de que la compensación realizada por FASA fue insuficiente y menor a la pactada.

Expuso que conocía el plan de compensación, y consistía en la devolución de los importes cobrados por el mecanismo de devolución mediante boleta, convenios para gente que estaba en base de datos, y compensación por descuentos; y que, en cuanto al cumplimiento, el primer y segundo mecanismo, fue menor al 100%, y en tercer mecanismo fue cumplido íntegramente.

Manifestó que era efectivo el hecho respecto del mecanismo de devolución con boleta, en cuanto se requería la solicitud formal del consumidor para efectuar dicha devolución.

Todos sus dichos tienen origen en las labores en que se desempeña.

**20°)** Que, por su parte, la demandada acompañó al proceso, los siguientes documentos:

1.- A fojas 36, fotocopia simple de *"Protocolización Mecanismo de Reembolso y Compensación de Farmacias Ahumada S.A"*, de fecha 17 de Abril de 2009, ante Notario Público don José Musalem Saffie.

2.- A fojas 346, documentos que obran en custodia de Secretaría del Tribunal, bajo el N° 849-12, y que consisten en copias autorizadas de protocolizaciones de instrumentos que dicen relación con el *"Mecanismo de Reembolso y Compensación de Farmacias Ahumada"*, en el período comprendido entre el mes de Abril y Septiembre de 2009.

3.- A fojas 348, documentos que obran en custodia de Secretaría del Tribunal, bajo el N° 848-12, y que consisten en copias simples de correos electrónicos enviados entre José Roa Ramírez, Nicole Nehme, Paulo Montt, Inger Dahl Bravo; todos ellos relativos al Plan de Compensación de Clientes, y sus modificaciones y anexos, (se hace presente que aquellos signados con los números 1 a 3 en el escrito se encuentran agregados a una custodia distinta, que será detallada a continuación)

4.- A fojas 359, documentos que obran en custodia de Secretaría del Tribunal, bajo el N° 850-12, y que consisten en:

a) Documentos relativos a la auditoría llevada a efecto por la Consultora Ernst & Young; cuya finalidad era *verificar el cumplimiento* del Plan de Compensación, en los distintos períodos comprendidos entre Abril y Septiembre de 2009 (3 períodos distintos);

b) Documentos relativos al Plan de Compensación de Clientes, tales como procedimiento electrónico de reembolso, fórmula de reclamo, informe de gastos incurridos por FASA para publicitar e implementar el *plan* (a lo que se agregan fotocopias de facturas, ordenes de compra); nóminas de reembolsos realizados a través del Banco de Chile; copias de cheques emitidos a nombre de diversas personas naturales, solicitudes de reembolso de diversas instituciones de diversa naturaleza, presentadas a FASA;

c) Documentos denominados "*Compensación FASA*", "*Extensión del Plan*", "*Recordatorio de Pagos*", "*Término de una parte del Plan*", "*Campañas Antigripales y Analgésicos*", y "*Avisos Compensación Fasa*", emitidos entre el 16 de Abril y el 23 de Junio de 2009.

Por otra parte, a fojas 326, solicitó se remitiera oficio al Banco de Chile, para los fines señalados en dicho escrito; entidad financiera que en respuesta a lo solicitado, mediante oficio rolante a fojas 529, remitió el siguiente documento, rolante a fojas 528:

5.- Contrato de Servicios Bancarios, de fecha 8 de Mayo de 2009, celebrado entre Banco de Chile y Farmacias Ahumada S.A (documento sin firma de los comparecientes).

Asimismo, a fojas 331, solicitó se remitiera oficio a la Consultora Ernst & Young, para los fines señalados en dicho escrito; entidad que, en respuesta a lo solicitado, mediante oficio rolante a fojas 456, remitió los documentos, que obran en custodia de Secretaría bajo el **N° 3056-2012**, y que consisten en informes emitidos con los procedimientos realizados en relación al plan denominado "*Mecanismo de Reembolso y Compensación de Farmacias Ahumada*";

Finalmente, acompañó un documento electrónico al proceso, custodiado bajo el N° 879-12, y de cuya acta de percepción, efectuada conforme lo dispuesto en el artículo 348 bis del Código de Procedimiento Civil, consta que en dicho instrumento *se encontraban carpetas digitales*,

denominadas "casos especiales", que contienen copias de correos electrónicos, planillas de cálculos de solicitudes de reembolsos efectuadas por diferentes personas naturales a la parte demandada, y copias de algunos documentos asociados a éstas.

**21º)** Que, asimismo, rindió prueba testimonial, consistente en la declaración de don Pablo Montt Rettig, abogado, que en acta rola a fojas 431 y siguientes, quien, previamente juramentado, legalmente examinado, y sin tachas, declarando al punto dos del auto de prueba rolante a fojas 278, manifestó que FASA se obligó a compensar a los clientes afectados que se acercaran a pedir la compensación, y que la suma aproximada de \$ 2.500.000.000.- fue una estimación en base a la diferencia del precio de 220 productos investigados por la FNE, entre Diciembre de 2007 y Marzo de 2008, y el período anterior al investigado por la FNE.

Señaló que FASA se comprometió a compensar a todos quienes lo solicitaran, para lo cual fueron identificados tres tipos de casos, a) clientes que tuvieran en su poder las boletas de compra de algunos de los 220 productos durante el período señalado, a quienes se les devolvió íntegramente y en forma automática el diferencial del precio pagado, b) clientes que no tuvieran en su poder boletas, pero que podían ser identificados porque pertenecían a instituciones con las que FASA tenía convenio, y a quienes se les devolvió dinero a través de la respectiva institución (cita como ejemplo, las Fuerzas Armadas); y c) clientes que no tenían boletas y tampoco podían ser identificados, a quienes se les abonó el diferencial de precio en la compra de los 220 productos señalados.

Agrega que la suma referida anteriormente, fue una estimación y no un monto a devolver a todo evento, haciendo presente que para compensar a los clientes que se encontraban dentro del último grupo referido anteriormente, era necesario que ellos concurrieran a los locales de FASA, ya que ésta no podía obligarlos a que lo hicieran, manifestando que quienes concurrieron fueron efectivamente compensados; lo que le consta, debido a que participó en la redacción del "*Plan de Compensación*" y de hecho, asistió a una reunión al SERNAC en la que se encontraba el director de la época, agregando que en su versión original el "*plan*" sólo establecía una duración de 30 días prorrogables, versión que fue modificada, por cuanto era posible que no se alcanzara la cifra aproximada de \$ 2.500.000.000.-.



Sostuvo que, para efectos de dar a conocer la aplicación del Plan de Compensación, FASA distribuyó volantes o folletos en todos los locales, explicando en que consistía el plan, agregando que concurre, personalmente a un local para percatarse de como se desarrollaba el "plan", y constató que funcionaba adecuadamente. Asimismo, manifestó que tenía entendido había sido publicado en la página web de FASA, y que inclusive (sin certeza) hubo un aviso de televisión.

Señaló que el "plan" fue puesto en conocimiento del SERNAC, quien además efectuó comentarios respecto del mismo, haciendo presente que la cifra aproximada de \$ 2.500.000.000.- era "estimada" y que ello no fue objeto de comentarios, como sí lo fueron otros aspectos.

En cuanto al monto total compensado, sostiene que ello fue objeto de auditoría por una empresa externa, y que a todos quienes hicieron compras de los 220 productos se les abonó la diferencia en el período señalado; agregando que la condición de "prorrogable" del plan se contempló expresamente en dicho documento, y fue cumplida.

Finalmente, indica que el plan tuvo otras modificaciones, y que la más importante fue aquella relativa al monto estimado a compensar.

**22°)** Que, por otro lado, provocó la confesional de los demandantes Rosemarie Elizabeth Alarcón Saldías, don Carlos Héctor Arenas Pérez, y doña María Yolanda de Lourdes Cubillos González, la cual se llevó a efecto conforme lo dispuesto en el artículo 394 del Código de Procedimiento Civil, según resolución rolante a fojas 468, rectificadas a fojas 472, teniéndose, en virtud de ello, por confesos a dichos demandantes de todos los hechos categóricamente afirmados en el pliego de posiciones respectivo, agregados a fojas 590, 594, y 598 de autos.

**23°)** Que, son hechos del proceso, en los que se encuentran contestes las partes, y que se hayan acreditados con el mérito de la prueba rendida en dicho sentido, los siguientes:

a) Que el día 13 de Marzo de 2009, entre la Fiscalía Nacional Económica y FASA, se materializó un acuerdo de conciliación, aprobado por el Tribunal de la Libre Competencia, y posteriormente ratificado por la Excm. Corte Suprema;

b) Que, en virtud de lo anterior, FASA, elaboró un "Mecanismo de reembolso y compensación a consumidores" (denominado asimismo "*Plan de Compensación*"), para todas aquellas personas que hubieren adquirido algunos de los 220 productos contenidos en el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, durante el período comprendido entre el 1 de Diciembre de 2007 y el 31 de Marzo de 2008; cuyos términos, plazos y condiciones fueron establecidos en una carta de fecha 16 de Abril de 2009, protocolizada bajo el repertorio N° 3650-2009, estableciendo el "*plan*" tres mecanismos diferentes para compensar a los clientes, a partir del día 20 de Abril de 2009 y hasta el día 30 de Septiembre del mismo año;

c) Que el aludido "*plan*" fue modificado en 6 oportunidades, entre el 26 de Junio y el 25 de Septiembre de 2009, modificaciones las cuales fueron protocolizadas, informadas y publicadas al público general y al SERNAC; y que consistían en descuentos al consumidor, respecto de medicamentos consignados en cada una de las modificaciones, y que debían ser solicitados por el interesado exhibiendo su cédula de identidad.

**24°)** Que, establecido lo anterior, cabe dejar consignado que la acción de marras se ha intentado, al amparo de la Ley 19496, en defensa del interés colectivo de un grupo de consumidores; todos ellos, afectados en sus derechos, conforme lo plantea el demandante.

Lo que imputa el actor a la demandada es el incumplimiento del "*Plan de Compensación Clientes Fasa*", el cual tuvo lugar con motivo de los hechos, públicos y notorios, ocurridos durante el año 2007 y 2008, y que consisten en la colusión habida entre las tres principales cadenas farmacéuticas de nuestro país (Farmacias Ahumada S.A, Cruz Verde S.A, y Salcobrand), lo que derivó en una investigación llevada a cabo por la Fiscalía Nacional Económica, circunstancia en la cual la demandada, reconoció la existencia de una conducta, por lo cual debió pagar una multa (1350 UTA); para posteriormente, con fecha 20 de Abril de 2009, dar inicio al aludido "*Plan de Compensación Clientes Fasa*", el cual, conforme lo indica, estaba destinado a restituir el 100% del diferencial de precios registrados en el valor de 220 medicamentos en dicho período, por un monto total o estimado de \$ 2.546.063.735.-; manifestando al efecto que la compensación ha sido insuficiente, por cuanto \$ 615.000.000.- aproximadamente, no habrían sido devueltos; haciendo presente, por otro lado que la suma devuelta en virtud de actividades comerciales, informada por la

demandada en \$ 410.000.000.- aproximadamente, no ha sido acreditada en relación con lo ofrecido en el *plan*, es decir, reparando al universo de consumidores afectados.

**25°)** Que, la demandada, por su parte, opuso a la demanda, **la excepción de falta de legitimación pasiva**, fundada en lo dispuesto por el artículo 50 de la Ley 19496, norma que establece que son de interés colectivo las acciones que se promuevan en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual; por lo que, para que su parte pueda ser demandada se requiere la existencia de un conjunto determinado o determinable de consumidores; la existencia de un proveedor, y la existencia de un vínculo contractual que una al proveedor con el conjunto de consumidores.

Sostiene que los hechos señalados en la demanda dicen exclusiva relación con el supuesto incumplimiento del *Plan de Compensación*, y no con el alza de precios de los productos, por lo que teniendo presente la definición dada por la aludida ley respecto del término "consumidor" y "proveedor", lleva a concluir que no concurren los requisitos señalados anteriormente, ya que no existe un grupo de consumidores; FASA no puede ser considerado como *proveedor*; y no existe un vínculo contractual alguno que los una; careciendo su parte, por tanto, de legitimación pasiva; agregando que de estimarse que lo que se reclama es el alza de precios de los medicamentos, respecto de lo cual si concurrirían los presupuestos señalados, la acción se encontraría prescrita.

**26°)** Que los argumentos en que se hizo consistir la excepción anunciada, no se condicen con ella, habida cuenta que lo que se cuestiona a través de la misma es que no concurrirían, en la especie, los presupuestos fácticos invocados en sustento de la acción deducida por el SERNAC; cuestión ésta que dice relación con el fondo del asunto, y no con la falta de legitimación pasiva, habida cuenta que ésta apunta a cuestionar que el demandado no sea el sujeto pasivo de la acción deducida, por no ser el legítimo contradictor del actor, en términos tales de que lo reclamado en la demanda, o los derechos que el actor dice pretender, le vayan a ser oponibles de algún modo, y que, como consecuencia de ello, vaya a afectarle en sus derechos y patrimonio lo que eventualmente se decida con motivo de la acción entablada en su contra; circunstancias éstas que no han sido esgrimidas en fundamento de la excepción en comento.

Que, en consecuencia, conforme lo señalado y teniendo presente que los derechos que según sostiene el actor, habrían sido conculcados o infringidos, emanan o tienen su fuente de origen en el *Plan de Compensación Clientes FASA*, elaborado y ofrecido en forma voluntaria por la propia demandada, según así se estableció en el considerando 23º, en su letra b); resulta evidente la calidad de legítimo contradictor que ostenta dicho demandado respecto del actor, por cuanto de acogerse la demanda y lo reclamado por el actor, sin duda alguna habrá de afectarle en sus derechos y/ o patrimonio, todo lo cual conduce a desestimar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por dicho demandado en este pleito.

**27º)** Que, la misma parte opuso, además, **la excepción de falta de legitimación activa del SERNAC** para accionar en su contra, aduciendo que, sin perjuicio que el artículo 51 de la ley ya citada previamente, menciona al SERNAC entre aquellos que pueden dar inicio al procedimiento especial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores; dicha sola consideración es insuficiente para determinar que dicha parte, por ser quien es, tendrá siempre legitimación activa para incoar y llevar adelante esta clase de procedimiento; añadiendo que el plan de compensación no constituye un acto de consumo como asimismo tampoco lo es el cumplimiento o incumplimiento de los términos de la oferta de compensación de su parte; quedando por ello, tal asunto fuera del ámbito de competencia que la ley le ha entregado al SERNAC.

Por otra parte, hace presente que la compensación no responde a ninguna sentencia o resolución de ninguna autoridad que, luego de un proceso legalmente tramitado, hubiere determinado la violación de la Ley del Consumidor; haciendo presente, además, que confundir el supuesto incumplimiento que se imputa, con una eventual infracción de los artículo 3º letra e), y 12º de la ley del ramo, constituye un error de derecho impropio e inaceptable de parte del actor.

**28º)** Que al oponer la excepción de falta de legitimación activa, el actor incurre en el mismo error que al deducir la de falta de legitimación pasiva; por cuanto lo que en el fondo se cuestiona o controvierte al oponer la excepción que se analiza, es que no estaríamos en presencia de un acto de consumo, por cuanto lo que se reprocha en la demanda es el cumplimiento del mentado plan de compensación, con lo cual no existiría interés colectivo o difuso afectado, presupuesto éste que debe concurrir para que el SERNAC pueda comparecer

accionando en defensa de los consumidores afectados; argumentos que evidentemente dicen relación con el fondo de la controversia misma y no con la excepción opuesta; haciéndose presente, además, y en relación con la excepción en comento, que la titularidad del actor se encuentra justificada por el hecho de que al accionar señaló que lo hacía con motivo de la infracción que habría incurrido la demandada y en defensa del interés colectivo de los consumidores afectados; función ésta la cual le ha sido encomendada en forma expresa por el legislador; no obstante a tal aserto o conclusión, lo que pueda decidirse en cuanto a si concurren o no los presupuestos fácticos y jurídicos invocados en sustento de la demanda.

**29°)** Que, a mayor abundamiento de lo anterior, cabe señalar que las funciones del SERNAC se encuentran establecidas en el artículo 58 de la ley ya citada, cuya letra g) dispone "*Velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con la protección de los derechos de los consumidores y hacerse parte en aquellas causas que comprometan los intereses generales de los consumidores*".

Que, la función encomendada a dicho servicio público, a través de la norma citada tiene un carácter amplio en cuanto alude a *los intereses generales de los consumidores*, y resulta evidente que el cumplimiento o incumplimiento que la demandada pudiere haber incurrido respecto del plan de compensación, se encuentra enmarcado dentro de aquellos *intereses generales* a que alude la norma en comento, encontrando en ella, entonces, su legitimación el SERNAC para accionar en contra de la demandada; lo cual conduce a desestimar la excepción de falta de legitimación activa opuesta a la demanda.

**30°)** Que resuelto lo anterior, cabe decidir acerca de la controversia misma, para lo cual habrá de analizarse si concurren en la especie, los presupuestos requeridos para la procedencia de la acción contravencional denunciada, la cual se ha basado, según se señaló al reseñar la demanda, en la infracción, por parte de la demandada, a lo previsto en la letra e) del artículo 3° y al artículo 12, ambos de la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, precepto este último que el actor sostiene debe entenderse complementado con lo dispuesto en el número 4 del artículo 1° del mismo texto, para lo cual habrá de consignarse lo que establecen dichos preceptos legales; para seguidamente establecer si la conducta que se reprocha en la demanda se encuadra o subsume con la infracción denunciada; y en caso

de concurrir tal presupuesto; pronunciarse acerca de la acción indemnizatoria pedida en el mismo libelo.

**31°)** Que el artículo 3° antes citado, contenido bajo el Párrafo Primero sobre "Los derechos y deberes del consumidor", ubicado en el Título II y que contiene "Disposiciones Generales", previene que: *"Son derechos y deberes básicos del consumidor, agregando, entre otros, en su letra e) "El derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor, y el deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley le franquea."*

Que, a su turno, el artículo 12 del mismo texto, contenido bajo el Párrafo Tercero sobre "Obligaciones del Proveedor", del mismo título, dispone *"Todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio"*

Finalmente, el artículo 1° de la norma en comento, se encarga de dar el significado o definición que, para los efectos de la misma ley, ha de entenderse respecto de diversos vocablos o conceptos, prescribiendo al efecto en su número 4: *"Publicidad: la comunicación que el proveedor dirige al público por cualquier medio idóneo al efecto, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio, entendiéndose incorporadas al contrato las condiciones objetivas contenidas en la publicidad hasta el momento de celebrar el contrato. Son condiciones objetivas aquellas señaladas en el artículo 28"*

**32°)** Que la primera infracción denunciada, referida al penúltimo de los preceptos antes señalados, el actor la configura o hace consistir en que la demandada no respetó los términos del ofrecimiento realizado, contenido en el mentado Plan de Compensación, al no haber devuelto a los consumidores afectados por el alza de precios detectado por el órgano respectivo, el total de las cantidades a las que dicha parte se obligó a entregar o restituir, a modo de compensación por un monto aproximado de \$2.546.063.735, suma total de la cual sólo habría enterado o devuelto la cantidad de \$1.931.228.104, existiendo un diferencial de \$ 614.835.631, pendiente de devolver a través de alguna de las tres modalidades ofrecidas por dicha empresa; aduciendo, además, que dicho proveedor tampoco habría cumplido con la mecánica de "ofertas o

promociones" en la venta de algunos de aquellos medicamentos incluidos en el listado, y que fueron objeto de alza de precio; compromisos todos los cuales habrían sido ofrecidos y dados a conocer a los afectados mediante un gran despliegue de publicidad; siendo, en consecuencia, su incumplimiento constitutivo de infracción a los derechos del consumidor.

**33°)** Que de acuerdo a lo anterior, lo que se reclama en la demanda, en estricto rigor jurídico, no es el incumplimiento de los términos, condiciones o modalidades ofrecidas o convenidas por FASA con el consumidor "con motivo de la entrega de un bien o prestación de un servicio"; por cuanto lo que se cuestiona o reclama en dicho libelo pretensor, no es ninguna de las circunstancias anteriores, sino que el hecho de que la demandada "no habría cumplido cabalmente el plan de compensación ofrecido en forma unilateral y voluntaria por dicha empresa a los consumidores afectados por el alza de precio de marras"; cuestión ésta que, no obstante el deber legal que tiene el servicio público demandante de velar por la protección de los derechos de los consumidores; no puede, sin embargo, ser reclamada por el compareciente aduciendo contravención al precepto que se analiza, por cuanto para que ella se configure, se requiere que la infracción esté referida a la "entrega de un bien" o a la "prestación de un servicio", presupuestos éstos que al no concurrir en la especie, hace que la demanda pierda su sustento fáctico, no configurándose, de este modo, la contravención denunciada, contenida en el artículo 12 de la ley del ramo.

**34°)** Que en cuanto al despliegue de la publicidad que habría hecho la demandada en relación al tantas veces referido "Plan de Compensación" y conforme la definición contenida en el N°4° del artículo 1° del mismo texto, la publicidad engañosa conceptualizada por el legislador al acuñar la definición en comento, está referida, como según lo señala dicha norma, transcrita en la parte final del considerando 31°, "a la comunicación que el proveedor hace al consumidor con el fin de motivarlo o inducirlo a adquirir o contratar un bien o servicio determinado", debiendo los términos o condiciones objetivas contenidas en la publicidad hasta el momento de celebrar el contrato, entenderse incorporadas a dicho acto o contrato.

En otros términos, **el error o engaño incurrido en la publicidad debe estar orientado a inducir a adquirir o contratar.**

Que lo señalado no hace, entonces, más que ratificar y confirmar lo que se viene decidiendo, en cuanto a que la conducta sancionada por el legislador, como atentatoria a los derechos del consumidores, y a la cual debe estar referido el engaño mediante publicidad, y que es constitutiva de la acción contravencional interpuesta en la demanda, es aquella relacionada con el acto de consumo propiamente tal; conducta que no ha sido reprochada en dicho libelo por cuanto como ya se dijo, lo que se cuestiona en la demanda es el incumplimiento del plan de compensación ofrecido por FASA a fin de mitigar o compensar el daño causado al consumidor en razón del alza de precios de los medicamentos por parte de dicha empresa, y no dicha alza de precios, conducta que es precisamente la que apunta a sancionar el legislador, y la que en la especie ocurrió, como según convienen las partes de este juicio, entre el 1º de diciembre de 2007 y el 31 de marzo de 2008; por lo que dicha acción contravencional, no ejercida en autos, se encontraría prescrita, al tenor de lo previsto en el artículo 26 del texto del ramo.

**35º)** Que, por último, y en relación a la infracción a lo establecido en la letra e) del artículo 3º, cabe consignar que lo consagrado en dicha norma es el derecho a reparación e indemnización que tiene el consumidor afectado, para evento del incumplimiento del proveedor, por lo que no se puede hablar de infracción a un precepto si éste no tipifica conducta alguna que pueda ser infringida, habida cuenta que él se limita sólo a consagrar un derecho para accionar; todo lo cual hace que la contravención denunciada no sea tal.

**36º)** Que, a lo anterior, cabe agregar, asimismo, que el actor no precisó de modo alguno el universo de los consumidores afectados por una u otra conducta, lo que dicha parte debió hacer, a efectos de decidir acerca de la determinación o formación de los grupos y subgrupos a los que se refiere la ley en sus artículos 51, 53 y 53 A, en razón de que, según lo señalado en el proceso, la demandada se habría obligado a compensar a los consumidores afectados mediante tres vías distintas, a saber: a) personas que contaban con boletas de compra, y que acreditaran haber adquirido en el período alguno de los productos, quienes recibirían como reembolso la diferencia existente entre el precio efectivamente pagado y el "valor real" del producto, debidamente reajustada por IPC; b) los que no poseyeran boleto de compra, pero que fuesen fácil de identificar, por haber efectuado la compra mediante convenios con alguna institución, los que recibirían el reembolso de la diferencia de precio,



reajustada según IPC, sin necesidad de contar con la boleta respectiva; y c) personas que no contaban con boleta de compra, y que no estaban en posición de ser identificadas por medio de su Rut por no haber estado en ningún convenio con FASA, los cuales recibirían la diferencia de precio pagada por los productos adquiridos en el período, por la vía de abonárseles inmediatamente dicha diferencia a la nueva compra de los mismos productos; circunstancias que hacían entonces, necesario contar con tales antecedentes a fin de cumplir con el mandato legal señalado y por el cual el actor instó, además, en la letra d) del petitorio de su demanda; circunstancias todas éstas que, necesariamente conducen a que la acción contravencional entablada en la demanda, sea rechazada.

**37º)** Que igual destino habrá de seguir la acción indemnizatoria entablada en el mismo libelo; teniendo en consideración para ello el principio de accesoriidad, cual es, de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal; en razón de que siendo fundamento de dicha acción la infracción reprochada a la demandada, y no habiéndose justificado tal conducta o contravención a las normas invocadas, la acción civil indemnizatoria pierde toda causa o fundamento; por lo que debe ser rechazada.

**38º)** Que, sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar, sólo a modo de comentario o reflexión, que el SERNAC, al accionar, sostiene que el incumplimiento reprochado consistiría en no haber pagado, en su totalidad, la suma a la cual se obligó a devolver o entregar a los consumidores, como un mecanismo de compensación por el alza de precios de los medicamentos; agregando que FASA tampoco habría justificado haber cumplido adecuadamente con el mecanismo de *promociones y ofertas*, denominado "actividad comercial"; circunstancia que obstaría a esta sentenciadora a establecer el monto de la indemnización pedida, por cuanto ella, conforme se infiere de lo previsto en el N°2 del artículo 51 de la ley del ramo, debe ser concordante con el daño sufrido; habiéndose precisado sólo un monto por concepto de lo no enterado, omitiéndose expresar lo que correspondería al último de los ítem señalados.

**39º)** Que, por otro lado, para acreditar el hecho referido, el actor debió valerse de instrumentos técnicos idóneos que permitieran ilustrar y acreditar en forma seria, detallada y pormenorizada, a cuanto ascendería el incumplimiento del plan de compensación; no obstante lo anterior se valió fundamentalmente de la prueba testifical rendida por dicha parte (considerando

19º) quienes, declarando al punto 4 del auto de prueba de marras, y para justificar sus dichos, lo hacen remitiéndose precisamente al informe sobre Plan de Reembolsos y Compensaciones Farmacias Ahumada elaborado por el Jefe de la Unidad de Investigación y Proyectos del Sernac; no señalando, sin embargo cifras concretas, sino que solo porcentajes globales, indicando el primer testigo, al comienzo de su declaración, que el porcentaje de cumplimiento respecto de las primeras dos etapas, esto es, devolución a través de boletas y convenios, habría alcanzado solo al 20%, lo que no es coherente con lo señalado por el actor, quien sostiene que de un total de \$ 2.546.063.735.-, la demandada habría pagado \$ 1.931.228.104.-, adeudando una diferencia de \$ 614.835.631.-, lo que viene a representar un porcentaje superior al señalado por el testigo aludido, haciéndose presente que el segundo testigo manifestó que el cumplimiento al plan de compensación alcanzó al 75% del monto convenido, no encontrándose, por tanto, los testigos contestes en el hecho sobre el cual declaran, lo cual conduce a que la única prueba idónea y pertinente para justificar tanto el incumplimiento como la indemnización pedida y, para el caso de que fuere procedente la acción que se analiza, sería el informe elaborado por los auditores Ernst & Young, instrumento al cual dichos testigos, huelga consignar, han aludido en forma meramente referencial, al relacionarlo con el informe sobre Plan de Reembolsos y Compensaciones Farmacias Ahumada.

Por estas consideraciones, y visto además, lo dispuesto en los artículos 144, 160, 170, 254, 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; y la Ley 19496, Ley del Consumidor;

**SE DECLARA:**

1.- Que, **se rechazan** las objeciones documentales, conforme lo señalado en los motivos 2º y 4º.

2.- Que, **se acogen** las tachas deducidas contra los testigos Jaime Fernando Palma Gutiérrez y don Alvaro Nicolás Brito Pons, conforme lo señalado en el motivo 14º.

3.- Que, **se rechazan** las excepciones de falta de legitimación pasiva y activa, opuestas por la demandada.

4.- Que **se rechaza** la demanda contravencional y la acción civil indemnizatoria intentada a fojas 3.

5.- Que, cada parte soportará sus propias costas.

Regístrese y notifíquese.

jad.

DICTADA POR DOÑA MARCELA SOLAR ECHEVERRÍA, JUEZ TITULAR, Y  
AUTORIZADA POR DON WILSON RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, SECRETARIO  
TITULAR. PRIMER JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO.

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

Santiago, diecisiete de noviembre de dos mil catorce.

**VISTOS:**

En esta causa Rol N° 37.607-2.009 del Primer Juzgado Civil de Santiago, procedimiento sumario incoado por el Servicio Nacional del Consumidor -en adelante, Sernac- contra Farmacias Ahumada S. A -en lo que sigue, Fasa- deduce recursos de casación en la forma y apelación contra la sentencia dictada por esa judicatura el diez de octubre de dos mil trece, que desechó la demanda que el primero dedujera en defensa del interés colectivo de los consumidores de la Ley 19.946 para que se declarara la responsabilidad infraccional de la segunda, se le ordenara cumplir la obligación pendiente, se la condenara a pagar multas por infracción a los artículos 12 y 3 e) de la mencionada legislación, se agrupase y subagrupase a los consumidores afectados y se determinase las indemnizaciones, reparaciones o devoluciones procedentes, todo con costas.

Traídos que fueron los antecedentes en relación, se procedió a su vista en la audiencia de diecisiete de abril del presente año.

Como medida para mejor resolver se solicitó al Honorable Tribunal de la Libre Competencia los autos Rol N° 184-08 sobre “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Farmacias Ahumada S. A. y otros”, con todos los antecedentes que en él incidan.

Por resolución de catorce de mayo siguiente, el Honorable Tribunal de la Libre Competencia accedió al pedido pero reparó que “Atendido que el expediente en cuestión consta de más de 727 tomos y 103 cajas”, debía coordinarse su traslado.

El dieciséis de junio posterior se hizo regir el estado de acuerdo y el día veinticinco de tal mensualidad se encomendó a la secretaría civil de esta Corte el traslado de las piezas que se precisó por resolución de fs. 714.

Esa diligencia pudo concretarse el diez de julio, con resultado negativo, habida cuenta la dificultad/imposibilidad de ubicar las informaciones solicitadas, por defecto de adecuada identificación, lo que originó búsquedas que permitieron a esta judicatura obtener parte de lo requerido.

**Y TENIENDO PRESENTE QUE:**

## I.- Recurso de casación en la forma.

1°.- En lo principal del escrito de fs. 638, la abogada Carolina Norambuena Arizabalos, actuando en representación del Sernac, deduce recurso de casación en la forma contra la sentencia arriba singularizada, basada en las causales cuarta y séptima del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, por haberse pronunciado el tribunal sobre una prescripción que no formó parte de la contienda y por contener decisiones contradictorias.

Se las abordará separadamente;

2°.- Causal del N° 4° del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil.

Llama la atención del recurrente que no obstante haber discernido la señora jueza del grado que la persecución *sub iudice* no conoce como causa el hecho del alza mancomunada de precios, explicitara que una pretensión semejante en todo caso estaría prescrita;

3°.- Vale de partida enfatizar que el vicio que en la normativa invocada se busca evitar es el de decidir cuestiones que desbordan la contienda, tal como ésta ha sido traída por las partes a la *litis*, en resguardo del elemental principio de congruencia entre requerimiento y pronunciamiento.

Se echa totalmente de menos en la resolución atacada, alguna decisión relativa a la prescripción, argumento por sí solo bastante para sustraerse de la crítica;

4°.- Aún así, conviene desentrañar el *quid* de la queja en análisis.

En el considerando trigésimo cuarto, párrafo tercero de su fallo, la magistrada puntualiza que la conducta en perjuicio de los consumidores que sanciona la ley está relacionada con el acto de consumo propiamente tal, que no es el caso, por cuanto en la especie se trata del incumplimiento de las compensaciones que Fasa ofreció “a fin de mitigar o compensar el daño causado al consumidor en razón del alza de precios de los medicamentos por parte de dicha empresa” y no aquella alza en sí mismo considerada.

Agrega la juzgadora que es este último comportamiento -subida de los precios- el sancionado por la ley, el que las partes están de acuerdo habría

tenido lugar entre el uno de diciembre de dos mil siete y el treinta y uno de marzo de dos mil ocho.

Entonces viene el aserto que inquieta a la objetante: “dicha acción contravencional, no ejercida en autos, se encontraría prescrita, al tenor de lo previsto en el artículo 26 del texto del ramo”;

5°.- La transcripción deja de manifiesto que tampoco al razonar la juzgadora osó dirimir algo parecido a la extinción de la acción ventilada por causa del transcurso del tiempo.

La que se hallaría precluida, a juicio de la señora jueza, es la acción contravencional inmediatamente sucedánea a una operación de consumo, “no ejercida en autos”. O sea, no argumenta que la acción *in ius* esté extinta.

De manera que no sólo porque no se está en presencia de una decisión exorbitada sino porque tampoco de un razonamiento con pretensión definitiva o resolutive, imposible se hace cursar la invalidación;

6°.- Causal del N° 7° del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil.

La demandante encuentra contradictorio, por una parte, el rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva levantada por Fasa con, por la otra, la desestima de la acción de fondo.

En su manera de ver las cosas, la legitimación pasiva de la farmacéutica fue acodada por la sentencia en la circunstancia de mediar una relación de consumo entre ésa y sus consumidores, en tanto el rechazo de la pretensión substantiva discurre justamente en sentido opuesto, vale decir, en la inexistencia de un acto semejante.

Expresa al efecto que “queda en evidencia que en el fallo, por una parte, se concluye que FASA tiene legitimación pasiva para ser demandado, de lo que se desprende la existencia de una relación de consumo que lo liga con los consumidores, mientras que por otra, se rechaza la demanda por considerar SS. que no existió un acto de consumo que consistiera en la entrega de un bien o en la prestación de un servicio.”;

7°.- Yerra quien se alza, en la inferencia que revela -“de lo que se desprende...”- pues nada lo autoriza a semejante deducción.

Para prescindir de la alegación de ausencia de legítima pasividad el fallo cuestionado discierne por dos carriles.

Primeramente, sosteniendo que el fundamento de la excepción “no se condice con ella” sino con los “presupuestos fácticos invocados en sustento de la acción”, asunto concerniente al fondo de la contienda y no al ámbito de una alegación como la esgrimida.

Segundamente, identificando tal ilegitimidad con la inincumbencia de lo reclamado a quien es emplazado como sujeto de la acción, por no serle oponible su resultado ni afectarle en sus derechos y patrimonio; por lo tanto, al resultar evidente -enseña el fallo- que “de acogerse la demanda y lo reclamado por el actor, sin duda alguna habrá de afectarle (a Fasa) en sus derechos y/o patrimonio”, la perseguida conduce legitimación;

8°.- Por consiguiente, no es efectivo el predicamento del recurso en punto a que de lo razonado por la juzgadora “se desprenda la existencia de una relación de consumo” que ligue a Fasa con los consumidores.

A su turno y como fluirá de ulteriores desarrollos, es cierto que la razón de fondo para el rechazo de la acción fue, esta vez sí, la inexistencia de relación proveedor/consumidor en el Plan de Compensación en torno a cuyo reclamado incumplimiento gira la pretensión colectiva incoada por el Sernac.

Ergo, descartada queda toda posibilidad de antinomia;

9°.- Así, ninguna de las dos alegaciones de defecto adjetivo verá la luz.

Por lo demás, recuérdese que en el hipotético evento de ser reales las máculas de las objeciones, no se vislumbraría ineludible la anulación, como quiera la apelación concedida autorizaría, en su caso, efectuar los reparos atendibles.

## II.- Recurso de apelación.

Se reproduce la sentencia de diez de octubre de dos mil trece, escrita a fs. 601, Tomo II, con las siguientes modificaciones:

a) en el segundo párrafo del razonamiento vigésimo sexto se prescinde de la oración “,elaborado y ofrecido en forma voluntaria por la propia demandada, según así se estableció en el considerando 23°, en su letra b)”,

b) en los inicios del fundamento vigésimo octavo se reemplaza la referencia a “el actor” por otra a “la demandada”, y

c) se suprime:

- el último párrafo del motivo trigésimo primero,
- los argumentos trigésimo tercero, trigésimo cuarto, trigésimo quinto, trigésimo sexto, trigésimo séptimo, trigésimo octavo y trigésimo noveno.

**10°.-** La situación contenciosa que da mérito a la especificidad de la presente causa tiene su génesis propia en la comunicación que el vicepresidente ejecutivo de Fasa, señor Alejandro Roseblatt Kiblisky, dirige el dieciséis de abril de dos mil nueve a don José Roa Ramírez, director nacional del Sernac, la que comienza expresando “De acuerdo a las reuniones sostenidas con el Servicio Nacional del Consumidor (Sernac) en los últimos días, cumplimos con informarle que nuestra representada, Farmacias Ahumada S. A. (FASA), ha decidido compensar económicamente y en forma directa, sin necesidad de juicio, trámite o resolución alguna, a todas aquellas personas que hubieren adquirido en cualquiera de los locales de FASA alguno de los 220 medicamentos (Productos) contenidos en el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) presentado en su contra ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, según lista adjunta, durante el periodo comprendido entre el 1 de Diciembre de 2007 y 31 de Marzo de 2008, ambos inclusive (Periodo).

“Para los efectos de establecer el mecanismo de compensación mencionado, FASA ha procurado seguir de buena fe los lineamientos entregados por Sernac para que dicho mecanismo cumpla con los objetivos de la legislación que Sernac está encargado de tutelar.”

Más adelante, como introito de la sección 6. del mismo documento, se lee que “La comunicación a consumidores se hará por diversas vías consensuadas con el SERNAC.”

En la letra c. de su apartado 7. se hace referencia a que se “establecerán mecanismos de auditoría externa del proceso, a cargo de una firma de auditores independientes de reconocido prestigio, de manera que el cumplimiento de los compromisos se valide por este ente externo. Para estos efectos, esta firma evacuará dos informes de auditoría del mecanismo aquí



descrito, el primero, una vez iniciado el mecanismo y el último, al término de éste, los cuales serán entregados a Sernac, ...”

La comunicación concluye con los dos párrafos que pasa a transcribirse:

“Demás está señalar que la conducta e intención de FASA siempre ha sido cumplir íntegramente las disposiciones que la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores establece y de mantenerse atenta ante cualquier sugerencia emanada del Servicio bajo su dirección y, entendemos igualmente haber recogido los planteamientos y demás lineamientos hechos por dicho organismo, en relación al tema de esta carta.

“Por último debemos manifestar la disposición de FASA a mantener nuestra invariable conducta de estricto apego a las normas que rigen su actividad, entre las que se encuentra la referida Ley N° 19.496, así como de mantener la excelente comunicación que hemos tenido siempre con vuestro organismo.”

Este documento se encuentra expresamente reconocido por la demandada -que lo acompañó a los autos- y aparece protocolizado bajo el N° 3.650, ante Musalem Saffie, el diecisiete de abril de dos mil nueve;

**11°.-** El veinte de abril de dos mil nueve, cuatro días después del referido avance, Fasa anunció lo que denominó Plan de Compensación Clientes FASA, para compensar de manera integral a sus consumidores afectados por las alzas de precios que efectuó entre diciembre de dos mil siete y marzo de dos mil ocho, imponiéndose restituir el cien por ciento (100%) del diferencial de precios registrado en doscientos veinte (220) medicamentos, por un total estimado en dos mil quinientos cuarenta y seis millones sesenta y tres mil setecientos treinta y cinco pesos (\$ 2.546.063.735), dato éste tampoco controvertido en autos;

**12°.-** De tales informaciones la Corte no puede menos de colegir las siguientes tres premisas:

- 1) Fasa obró en consideración a sus consumidores, a los que había perjudicado al haber alzado impropriamente los precios de venta de un listado de medicamentos.
- 2) Lo hizo con sujeción a los lineamientos que le proporcionara el Sernac y en estrecho contacto con éste.

3) Explicitó su propósito de cumplir con los objetivos de la legislación que Sernac está encargado de tutelar, comprometiendo su apego y fidelidad a la Ley 19.496;

**13°.-** En el tráfico asociado a la actualmente afebrada sociedad de bienes de consumo, la comunidad se ha visto empujada a darse un marco regulador indispensable para resguardar, con la ecuanimidad de ecuaciones plausibles, a la vez los intereses de una progresiva productividad, por una parte, y los derechos de una masa receptora o destinataria de aquélla, por la otra, surgiendo lo que, en lo atingente, las ciencias sociales identifican como orden público económico.

Sobre ese cimiento -de difícil negación para quienes, como los jueces, vivencian experimentalmente un cotidiano que en esos términos se les impone- las regulaciones de la índole de las que se comenta se mueven pendularmente en una bisagra cuyos polos son el mercado y el consumo, sin los que la dinámica de “crecimiento” parece inconcebible.

En esa lógica, el mercado requiere de una autonomía productiva potenciada por la libre competencia, de manera que, en definitiva, calidad y precio resulten aventajados.

El consumo -objeto propio, aunque no excluyente, del comercio- es mirado saludable cuando fruto del ágil ejercicio de la ley de la oferta y la demanda, acodadas una y otra en la buena fe de sus respectivos protagonistas;

**14°.-** La regulación del mercado está entregada a los organismos guardianes de la libre competencia, cual la Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; le concierne el Decreto Ley N° 211 de 2.005.

La del consumo reconoce como preceptiva específica la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, encomendada al Sernac;

**15°.-** El denominado Plan de Compensación en torno al que gira la presente contienda es ajeno a la materia jurídico mercantil. De hecho, la senda procesal discurrida en la sede propiciada por el Decreto Ley 211 -“Requerimiento de la FNE en contra de Farmacias Ahumada S. A. y otros”, Rol C N° 184-08- quedó clausurada con el acuerdo arribado entre La Fiscalía

Nacional Económica y Fasa el trece de marzo de dos mil nueve, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, hecho éste absolutamente asumido por los actuales litigantes;

**16°.-** En cambio, como fluye de lo que se dejó establecido en *supra* 12°, más lo que al efecto se dirá más adelante, el Plan de Compensación se realizó al alero del Sernac, teniendo en mira a los consumidores y con reverencia a la legislación atinente, con especial mención de la 19.496.

En opinión de estos jueces las conclusiones que preceden vinculan directa e inmediatamente el mentado Plan con el derecho de los consumidores, sujetándolo al imperio jurídico de la referida Ley 19.496 y sometiéndolo a la férula del Sernac;

**17°.-** Carece, pues, de asidero la auto calificación que efectúa Fasa en cuanto a que el Plan correspondiese nada más a una actuación suya “libre y espontánea” o a su “decisión voluntaria y unilateral”, como predica en el escrito de contestación de la demanda.

Allí mismo asume que el Plan en general y sus tres mecanismos compensatorios “fueron fruto de una larga negociación llevada a cabo entre nuestra representada y el SERNAC, quien a través de su ex-director, don José Roa Ramírez, impartió numerosas instrucciones a nuestra representada y fiscalizó constantemente la gestación e implementación del Plan de Compensación.”

No se divisa razón para que una tal graciosa liberalidad hubiera de gestarse de la mano del órgano del Estado encargado por el artículo 58 de la Ley 19.496 de velar por el cumplimiento de sus disposiciones, de las demás normas que dicen relación con los consumidores y de los preceptos legales y reglamentarios relacionados con la protección de los derechos de éstos; así como de hacerse parte en las causas que comprometen los intereses generales de los consumidores y denunciar los posibles incumplimientos ante los organismos o instancias jurisdiccionales.

Lo que ocurre es que no hay tal liberalidad.

Fasa procede con plena conciencia de encontrarse en una situación desventajosa ante sus consumidores, por manifiesta transgresión indebida del

ordenamiento regulador del consumo, al elevar descontroladamente los precios.

A tal punto que, como se adelantó, en el capítulo 7. c. del documento reseñado en *supra* 10° -Mecanismo de Reembolso y Compensación a Consumidores- la demandada compromete la entrega a Sernac de sendos informes de auditoría destinados nada menos que a “validar” el “cumplimiento de los compromisos” contraídos. ¿A qué ir dando a conocer al Sernac las fiscalizaciones a cargo de “una firma de auditores independientes de reconocido prestigio”, a las que el propio instrumento atribuye el relevante alcance de “validar” el acatamiento a lo proclamado ...?;

**18°.-** La defensa de la farmacéutica radica en desconocer al derecho de los consumidores toda ingerencia en la materia, por no darse los presupuestos imprescindibles para su aplicación, como quiera el Plan no constituiría un acto de consumo.

Para ello puntualiza la necesaria distinción entre, por una parte, su conducta colusiva causante del alza de los precios de los medicamentos, entre diciembre de dos mil siete y marzo del año siguiente, inclusive -que movió al anteriormente aludido requerimiento en su contra por parte de la Fiscalía Nacional Económica- y por otra, el comportamiento que asumió ofertando compensar a los consumidores mediante el Plan de que se viene aquí tratando.

Sostiene que como autora del Plan no es ni puede ser considerada “proveedora”; que no es su rubro el de presentar habitualmente métodos de compensación; que lo planificado no constituye un bien ni un servicio que usualmente un proveedor entregue o preste, respectivamente; que los destinatarios del programa no son ni pueden ser calificados como consumidores, toda vez que ése no implica que aquéllos hayan celebrado un acto jurídico oneroso por el cual hayan adquirido, utilizado, o disfrutado, como destinatarios finales, ningún bien o servicio, ni menos aún que se hayan obligado a pagar por ellos un precio o tarifa; que los hechos fundantes de la acción no involucran a un proveedor que haya ofrecido a un consumidor, en determinados términos, condiciones o modalidades, la entrega de un bien o la prestación de un servicio por el cual se pague un precio o tarifa; y que, por lo

tanto, se hacen inaplicables las normas de la Ley de Protección al Consumidor.

Así, lo medular de la tesis de la empresa anida en la impertinencia jurídica de subsumir a Fasa, por un lado, y a los destinatarios del mentado Plan, por el otro, en las respectivas calidades de proveedor y de consumidor de un bien o servicio, con lo que persigue escapar del ámbito de aplicación de los artículos 3 e) y 12 de la legislación en permanente referencia;

**19°.-** Más allá de la interrogante anteriormente formulada tendente a conocer cuál pudo ser el motivo que llevara a Fasa a incorporar al Sernac en algo por ella estimado tan absolutamente extraño a la competencia que a ésta le incumbe de acuerdo con los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República -que paradójicamente la recurrida se encarga de recordarle- es dable detenerse en esa preceptiva.

El artículo 3 e) establece que “Son derechos y deberes básicos del consumidor: ...e) El derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor, y el deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley le franquea”.

Y el 12 reza que “Todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio.”;

**20°.-** En el libelo de contestación de la demanda la farmacéutica confiesa que lo que confeccionó fue un “mecanismo de reembolso y compensación” para “todos” los “consumidores” que “hubieren adquirido” algunos de los consabidos doscientos veinte “productos”, con lo que no hace más que repetir lo por ella expresado en el antedicho instrumento protocolizado el diecisiete de abril de dos mil nueve ante Musalem Saffie, en el sentido que decidió “compensar económicamente... a todas aquellas personas que hubieren adquirido...”, las que “recibirán como reembolso la diferencia de precio pagada, debidamente reajustada por IPC” o “se les reembolsará la diferencia de precio, reajustada según IPC” o Fasa “les compensará la diferencia de precio pagada en dichos productos adquiridos...”;

todo ello por un “monto total” de dinero que, en caso de no haberse “completado” al expirar el plazo establecido para ello, la firma “se compromete” a establecer el mecanismo que formula, “de manera que los consumidores obtengan un beneficio directo... hasta que se cumpla con dicho monto”, para lo que se anuncia auditorías “a cargo de una firma de auditores independientes de reconocido prestigio, de manera que el cumplimiento de los compromisos se valide por ese ente externo.”;

**21°.-** A los hechos que se dejó establecidos en *supra* 12° corresponde ahora añadir que la formulación que Fasa efectúa en estos autos tiene como sujetos a personas que reúnen las siguientes características: a) son consumidores, b) que adquirieron en ella sus productos, c) habiéndole pagado el precio que les cobró, d) indebidamente aumentado;

**22°.-** “Compensar” significa igualar el efecto de una acción con el de otra, en sentidos opuestos.

La demandada se ha mostrado ante sus usuarios y ante la comunidad toda como la que a las pérdidas de quienes en ella compraron medicamentos, propone ganancias; como la que trae el bien ante el mal causado; como la que da o hace en resarcimiento de un daño o perjuicio.

A su turno, “reembolsar” es volver una cantidad a poder de quien la había desembolsado. El Plan se traduce en devolver el sobreprecio ilegítimo, a quien a Fasa se lo había pagado;

**23°.-** Es un hecho de la causa que la planificada compensación se engendró, precisamente, en la circunstancia de no haber entregado o suministrado Fasa a sus consumidores de doscientos veinte medicinas, el bien o producto correspondiente al precio que por ellos éstos le pagaron; presentado de otra manera, el origen del Plan que se examina se focaliza en que la empresa, actuando como proveedora, no dispensó al consumidor la cantidad de bienes proporcional al precio que le cobró, sino una menor.

Vinculada como se encontraba legalmente Fasa de proveer el bien de manera congruente con las condiciones normales del intercambio comercial del momento, no lo hizo, incumpliendo ese deber. Consciente de ello, esto es, de haberse enriquecido sin causa legítima, y ante la difusión del entonces

público y notorio escándalo, se compromete a restituir la parte del precio ilícitamente habida.

Nótese que la demandada cubría a la sazón más de un cuarto -27,7%- de las ventas totales de medicamentos en el país; que unida a Farmacias Cruz Verde y a Salcobrand -con las que ideó y coejecutó un sistema de enriquecimiento a corto plazo, por la vía de la manipulación de los precios- prácticamente copaban el rubro farmacéutico nacional, alcanzando un 92%; y que la rentabilidad consecuenta al injustificado incremento de los precios llegó a los veintisiete mil millones de pesos (\$ 27.000.000.000) entre las tres mencionadas;

**24°.-** Aparece así evidente cómo lo contemporáneamente obrado por la apelada no es sino la prolongación de un mismo y solo acto jurídico de provisión de medicamentos, cuyo sobreprecio guardó para sí hasta verse compelida por las circunstancias a intentar el blanqueo de su imagen, valiéndose para ello del proyecto de compensación o reembolso que, habida cuenta la especial naturaleza del derecho del consumidor, ha de entenderse formar parte de la compraventa del producto.

El artículo 1 inciso primero de la Ley 19.496 delimita su objeto a “las relaciones entre proveedores y consumidores”, entendiéndose por los primeros a los que “habitualmente desarrollan actividades de... distribución o comercialización de bienes... a consumidores, por las que se cobra precio...” (artículo 1 inciso segundo 2.) y, por los segundos, a quienes “en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren... como destinatarios finales, bienes...” (artículo 1 inciso segundo 1.).

El plan constituye en sí un acto jurídico entre el proveedor abusivo y el consumidor abusado, que cae de lleno en el ámbito de aplicación de esa ley, cuyo artículo 2 a), todavía, prescribe que “Quedan sujetos a las disposiciones de esta ley: a) Los actos jurídicos que, de conformidad a lo preceptuado en el Código de Comercio u otras disposiciones legales, tengan el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor.” No puede ponerse razonablemente en duda que es ésta justamente la situación. El plan es un consecuente inmediato y directo de las provisiones irregulares, que justamente por mantenerse aún vigentes, dan pábulo a la culposa a comprometerse en el

intento de regularización. Fasa procede en ése como proveedora ilícitamente enriquecida; sus destinatarios, como consumidores a reparar, restituyéndoles el sobreprecio que les cobró;

25°.- Es precisamente la mixtura ínsita en la proposición del transcrito artículo 2 a) la que abre el análisis a un área del derecho común surgida en la postmodernidad como necesaria respuesta a los desafíos de una economía de productos y consumos.

Hoy por hoy la teoría de los contratos reconoce en éstos una etapa pre y otra postcontractual, aparejadas ambas a sus correspondientes niveles de responsabilidad.

Al mismo tiempo, se adosa a las obligaciones nucleares de cada clase de contrato, los denominados deberes secundarios o laterales.

El derecho del consumidor es un exponente paradigmático de esas perspectivas.

La compraventa de remedios que se halla en la génesis del tema *sub ius*, no se agotó jurídicamente con la entrega de la cosa vendida y el pago del precio. El proveedor continuó ligado a los consumidores al menos en las dos aristas que aquí resultan destacables. Primero, el aseguramiento que el producto enajenado sirviese al estricto y muy riguroso propósito de salubridad que constituye su razón de ser, de modo que la venta mantiene atado al expendedor por mientras lata semejante contingencia. Segundo, la recomposición de cualquier defecto, error o vicio, cuanto más si consciente, que desiguale o desequilibre la razonable equiparidad o proporcionalidad de los intereses de los concernidos, cuando generadores de consecuencias perniciosas.

En el derecho del consumidor ambos aspectos asumen el carácter de deberes laterales, que alguna doctrina también llama secundarios.

En el entendimiento clásico no eran desconocidos, sólo que podían dar lugar a pretensiones independientes del contrato que las causaba, que se tenía por indefectiblemente sellado al consumarse sus obligaciones y derechos sustanciales. El contrato se alza para los clásicos como un instituto con propia identidad, que se agota con su cumplimiento, que tiene lugar al satisfacerse todas las obligaciones y derechos que importa. Las prerrogativas que en su



ulterior realidad ése pueda originar, dan forma a institutos otros, ya no pertenecientes al fenecido contrato, como, por ejemplo, la acción por vicios redhibitorios. O sea, los tratadistas y tribunales del derecho clásico caso alguno desconocieron los aludidos deberes laterales, pero los abordaron como realidades jurídicas independientes y nacidas al derecho una vez fenecido el contrato de su causa.

La postcontractualidad de la más actual doctrina no concibe los deberes laterales como autónomos del contrato, sino como elementos del mismo, del que forman parte y, por consiguiente, su inclusividad comprende todo lo relativo a su entera satisfacción, principalmente en los dos tópicos destacados;

**26°.-** Lo que viene de enseñarse no sólo se presenta como una reacción del derecho al verse enfrentado a una realidad social que bulle en una economizada maraña de mercado y consumo.

Intimamente ligados a esa respuesta se encuentran otros dos datos innegables.

Primeramente, uno que forma parte de la experiencia universal y nacional, consistente en que mayoritariamente las relaciones de consumo se dan en la modalidad de contratos de adhesión.

Segundamente, otro que hace de piedra angular en este orden de cosas, como lo es el de la buena fe.

Tanto el orden público económico cuanto el derecho de estos tiempos se han esmerado en proteger al adherente masivo; de hecho, la misma existencia de una legislación especial para la masa de consumidores es muestra palmaria de ello.

La Ley de Protección del Consumidor es de carácter foral ya que tiene por preciso objetivo la protección del consumidor.

Por lo mismo, su aplicación ha de ser pro consumidor. No sólo por ésa, su naturaleza, sino por la prevención de un fenómeno asociado a los contratos de adhesión, como lo es el del denominado abuso de posición dominante, que clama por el *favor debilis*.

Tales empeños claman por aquel ingrediente indispensable para su exitosa coronación, cual la buena fe, en grados de razonable standard;

**27°.-** Ante el hecho indiscutido que Fasa estaba en antecedentes -no podía menos que estarlo- de la irregularidad con la que estaba desarrollando su comercio, con la finalidad de generarse una rentabilidad fácil, su relación con los usuarios adquirentes de los remedios de que se trató perduró en el tiempo, en la medida que conocía perfectamente que mantenía en su poder un dinero perteneciente a aquéllos o, si se quiere, que retenía en su dominio la parte de los remedios que, en condiciones normales, esa diferencia costaba.

Son reveladores los calificativos que utiliza la Corte Suprema en la sentencia de su ingreso Rol N° 2.578-2.012, de siete de diciembre de dos mil doce: “una infracción de gravedad extrema, habida cuenta de su naturaleza, de sus repercusiones concretas en el mercado de venta al consumidor de los productos farmacéuticos... El interés económico se sobrepuso a la dignidad humana, a la vida y a la salud de las personas... los mayores precios que han sido pagados por los consumidores finales fueron traspasados...” a Fasa “como rentas superiores a las normales...” todo ello a sabiendas, con la intención de una fácil rentabilidad, al “encontrarse categóricamente establecido” que la “conducta ilícita tuvo por finalidad” alzar indebidamente los precios.

Esa terminología se une a la que el Tribunal de la Libre Competencia empleara en la resolución que dictó el treinta y uno de enero de dos mil doce en los antecedentes de su ingreso Rol N° 184-2.008, donde juzga que se obró “en perjuicio del bienestar social y los consumidores”, que “la gravedad del ilícito” está dada porque cubrió “productos farmacéuticos destinados -en su gran mayoría- a tratar enfermedades crónicas... ocasionando directamente un menoscabo a personas que los requieren para sus tratamientos y que no pueden sustituirlos por otras formas terapéuticas.”;

**28°.-** El manido Plan de Compensación es, pues, un continuo de aquellos actos jurídicos mediante los cuales Fasa proveyó perversamente los medicamentos, haciéndosele del todo aplicable la Ley 19.496.

Recogiendo los antedichos parámetros del derecho de los consumidores, su artículo 12 preceptúa que el proveedor queda “obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales hubiere ofrecido...” bienes o servicios al consumidor.

A través de su Plan, Fasa ofrece -con carácter de compromiso- saldar la deuda que confiesa tener en favor de sus consumidores, cual se desprende nítidamente de sus términos, inicialmente traídos a este fallo.

Fasa es allí proveedora... ¿cuál? La de los medicamentos del ilícito lucro.

Los interesados colectivamente y ahora representados por el Sernac, son los consumidores. ¿Cuáles? Los que resultaron perjudicados al tener que hacerse de remedios indispensables, a un precio superior al ordinario;

29°.- La obligación lateral de devolver lo ilegítimamente percibido, que en esta clase de operaciones forma parte de la responsabilidad postcontractual de la empresa, lógicamente ha subsistido hasta que las condiciones de los expendios se regularicen, con el correspondiente reembolso o compensación.

En este sentido, la oferta que contiene el Plan es una prolongación de las ventas ilícitas, destinada a enderezarlas, a sanearlas, y es por ello que a la impugnada la vincula el artículo 12, que abraza o atenaza esa restitución;

30°.- Obligada ha estado Fasa “a respetar los términos, condiciones y modalidades” de la oferta, sintetizados en *supra* 20°.

Ella misma lo asume al contestar la demanda: “Lo anterior no significa que no obligue a FASA en los términos que fue planteada...”; “a lo que efectivamente se obligó FASA fue a poner a disposición de dichos consumidores la suma de dinero...”; y “De hecho, si los requerimientos hubiesen superado ‘la estimación’ de FASA, igualmente ésta estaría obligada a satisfacerlos. Lo propio ocurre cuando los requerimientos no alcanzan la estimación de FASA.”;

31°.- Los términos, condiciones y modalidades del Plan son absolutamente imputables a la boticaria.

En efecto, siempre en el escrito de contestación de la demanda, expresa que ella cumplió “con diseñar y dar operatividad” al mecanismo que, previa negociación con el Sernac, la farmacéutica “gestó” e “implementó”.

Por lo tanto, no se encuentra controvertido que la demandada se obligó ante los consumidores en los términos, condiciones y modalidades que ella se impuso.

Cabe recordar que en los instrumentos cuyo contenido esencial se dejó resumido en las argumentaciones décima y undécima de esta sentencia, Fasa explicita:

- a) haber “decidido compensar económicamente y en forma directa, sin necesidad de juicio, trámite o resolución alguna”,
- b) “a todas aquellas personas que hubieren adquirido en cualquiera de los locales de FASA alguno de los 220 medicamentos...”,
- c) por una suma “total estimada a entregar a los clientes” de dos mil quinientos cuarenta y seis millones sesenta y tres mil setecientos treinta y cinco pesos (\$ 2.546.063.735),
- d) mediante el reembolso en dinero o el abono del diferencial habido entre el precio pagado en las respectivas adquisiciones, por una parte, y el valor real que debió regir al 1 de diciembre de 2.007, por la otra, reajustado conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor,
- e) en el plazo de treinta días corridos, prorrogables por otros tantos, y
- f) al término de los cuales, si “aún no se hubiere completado el monto total de la compensación estimada, FASA se compromete a realizar campañas comerciales... de manera que los consumidores obtengan un beneficio directo al momento de su compra, hasta que se cumpla con dicho monto.”

Es decir, la firma no puede eludir la cabal ejecución de ese esquema, hasta su agotamiento;

**32°.-** Fasa rechaza la imputación que le hacen los actores en orden a haber incumplido el Plan de Compensación, argumentando haber “compensado a todos y cada uno de los consumidores afectados que solicitaron dicha reparación, al restituir íntegramente el mayor valor cobrado por los Productos durante el Período.”

En primer término apoya su aserto en que nunca se obligó a erogar una cantidad determinada de dinero y que la anunciada sólo fue una “estimación”.

En segundo lugar afirma que a lo que se sometió fue a poner el monto calculado a disposición de los afectados, “siendo responsabilidad de estos últimos reclamar la compensación correspondiente”, a cuya decisión queda entregado “el aceptar o no el mecanismo de compensación... solicitar y obtener la restitución de los valores pagados en exceso”, sin que se encuentre

en situación de “obligar a las personas” a proceder de esa manera, concluyendo que la circunstancia de no haberse alcanzado a restituir la señalada cantidad “se debe, simplemente, al hecho de no haber existido interés de parte de los consumidores en obtener tal devolución.”;

**33°.-** Resulta que en palabras de quien así se defiende, la cantidad de dinero a que asciende el plan “pretende reflejar lo más certeramente posible el monto de los mayores valores involucrados en las ventas”.

No solamente éso, pues acota que la apreciación “se ha construido en base a una metodología científica y con datos conocidos.”, que aparentemente corresponde al anexo del Plan denominado “Minuta de Cálculo mayor Costo y Compensación Clientes”, también tenida a la vista.

Es sugestivo en este sentido que en el comunicado de prensa de dieciséis de abril de dos mil nueve por el que Fasa anuncia el plan, afirme que “El plan de reembolso y compensaciones contempla la restitución del 100% del diferencial de precios registrados en el valor de 220 medicamentos...”

Llama la atención de estos juzgadores que la comentada estimación, que al decir de la proveedora fue diseñada, gestada, implementada y operada por ella con metodología científica, haya sido tan insuficiente o errática, pues no existe controversia cuanto a que la anunciada cantidad no ha sido restituida.

Según la demandante, habría un rezago de seiscientos diez millones de pesos (\$ 610.000.000). Según la demandada, a ese monto habría de restarse cuatrocientos diez millones de pesos (\$ 410.000.000) provenientes de operaciones comerciales sucedáneas al vencimiento del plazo fijado en el compromiso, destinadas a continuar con el método de reembolsos. El monto del faltante no fue materia incluida en la contestación de la demanda, pero no está demás precisar que, sin embargo de la muy abundante instrumental tenida a la vista, la especie relativa a la compensación adicional de la cifra de cuatrocientos diez millones de pesos no puede tenerse por establecida, en ausencia en aquélla de informaciones lo suficientemente persuasivas como para asociarlas a lo que se discute.

No hay que olvidar que el Plan considera auditorías para validar su cabal ejecución. Las que se tiene a la vista

-tres manadas de Ernst & Yung- no avalan la postura de la empresa. Si a ello se añade el mérito de: a) la pieza intitulada “Informe sobre Plan de Reembolsos y Compensaciones Farmacias Ahumada”, evacuado el cuatro de octubre de dos mil once por la Unidad de Investigación y Proyectos del Departamento de Estudios e Inteligencia del Sernac, b) la comunicación que el Servicio despachó a Fasa con fecha nueve de noviembre de dos mil nueve, y c) la respuesta a ésta, del día veintisiete siguiente, el hecho del incumplimiento no puede ser puesto en duda.

Carece de seriedad presentar a la comunidad toda y a la de los consumidores en particular, un anuncio profusamente difundido, sobre la “dadivosa” actitud de quien promete restituir lo mal habido por un monto que, a la hora de su concretización, dista de ser verdadero.

La precedente aseveración de “profusa publicidad” no constituye un antojo de la Corte, pues ella consta en numerosas publicaciones de prensa realizadas por la empresa a partir del dieciséis de abril y hasta el mes de junio de dos mil nueve -que no se estima del caso desmenuzar, dada la notoriedad de esa circunstancia- en las que dice haber gastado setenta y dos millones quinientos veinticuatro mil setecientos treinta y cinco pesos (\$ 72.524.735), aparte de las inserciones en prácticamente todos los sitios de Internet de la red nacional, en las que expresa haber invertido ocho millones ochocientos cuatro mil cuatrocientos cuarenta y cinco pesos (\$ 8.804.445).

No es la comentada una eximente aceptable del incumplimiento del mandato del referido artículo 12 de la Ley 19.946, de cara a respetar los términos de la oferta;

**34°.-** Tocante a la alegación reseñada en el tercer párrafo del motivo 32° que antecede, Fasa predica que el “hipotético incumplimiento” del Plan “se debe única y exclusivamente al actuar de terceros”, que nada hicieron por obtener las ofertadas regalías y que “Pese a que el SERNAC crea lo contrario, FASA no conoce ni podría conocer la identidad de todas y cada una de las personas que compraron los Productos en el Período.”

Así “es imposible que FASA pueda determinar el conjunto de consumidores afectados... Tal tarea es imposible para FASA”;

**35°.-** Sobre el particular no pueden estos jueces dejar pasar lo que la argumentante estampó en el Plan en cuanto a haber “decidido compensar económicamente y en forma directa, sin necesidad de juicio, trámite o resolución alguna...”

La intención de adelantarse a las incertidumbres de una avalancha judicial que veía inminente, salta a la vista. Ni juicio ni trámite ni resolución. Directo reembolso.

Pues bien, ahora la proveedora se escuda en que los consumidores no efectuaron el trámite para recuperar lo suyo.

Insostenible;

**36°.-** En torno a lo mismo, el mecanismo incluyó como destinatarios “a todas aquellas personas que hubieren adquirido...”, universo que dice haber computado científicamente.

Empero, la defensa sostiene que le era imposible determinar el conjunto de consumidores afectados.

De aceptarse tal predicamento querría decir que al asumir el compromiso de reembolso Fasa desconocía el alcance del mismo o lo hacía con la deliberada intención de eludirlo, por imposibilidad de definir sus destinatarios; peor aún, excudándose tangencialmente en la venia que le habría brindado el Sernac.

Obviamente Fasa no puede endosar a los consumidores por ella primigeniamente afectados, la carga de la responsabilidad post contractual que le incumbe, al extremo de espetar que le “Resulta verdaderamente sorprendente que la empresa que colabora con la justicia y hace todo lo que está a su alcance para recuperar la confianza de los consumidores sea, precisamente, la que deba soportar el accionar legal del SERNAC.” Esta tesis tolera el absurdo de una compensación actuada al nivel de un peso (\$ 1).

Es posible que ello se explique porque en rigor de verdad el móvil de la empresa proveedora no era el compensatorio, sino el de salvar su imagen y reposicionarse en el rubro, cual ella misma lo deja entrever, no sólo en parte del pasaje de la contestación de la demanda que viene de copiarse, sino en otros como: “a medida que fue transcurriendo el tiempo, nuestra representada se dio cuenta de que los esfuerzos que había realizado originariamente para

recuperar la confianza de sus consumidores no eran suficientes, por lo que optó por modificar las coberturas del Plan, aumentándolas en varias ocasiones.”, una vez expirados los plazos del compromiso y sin la validación del Sernac, como lo confiesa la proveedora en carta respuesta a ese organismo contralor, de veintisiete de noviembre de 2.009, también tenida a la vista: “Lo anterior demuestra el gran esfuerzo y el empleo de recursos y logísticas diferentes y adicionales para lograr una mayor cobertura en su presentación y acceso al público, de las que se realizan habitualmente en las campañas de marketing. No estaba previsto en el Plan que FASA debiera validar o contar con la conformidad expresa de ese Servicio, ni antes ni menos con posterioridad a la actividad...”;

**37°.-** A la luz de lo explicado, ha de revertir contra la proveedora el contenido de su discurso en que señala que “Una eventual condena de nuestra representada en estos autos, importaría un enriquecimiento sin causa de los demandantes toda vez que FASA, mediante el Plan, reparó precisamente los daños cuya reparación se pretende en estos autos.”

No hay tal.

A la inversa, al retener en su poder Farmacias Ahumada, de la manera injustificada e irresponsable que fluye de los análisis que preceden, parte del tantas veces comentado diferencial de precios, transgrede de lleno el principio del enriquecimiento sin causa, conducta que se hace más notoria si se tiene en cuenta la indisponibilidad con que la legislación en permanente referencia ampara los derechos que ella misma reconoce a los consumidores;

**38°.-** A estas alturas del análisis parece a estos juzgadores encontrarse suficientemente demostrada la infracción al artículo 12 de la legislación foral de los consumidores;

**39°.-** El artículo 50 inciso primero de la Ley 19.496 dispone que las acciones que derivan de ella se ejercerán frente a actos o conductas que afecten el ejercicio de cualquiera de los derechos de los consumidores, en tanto su inciso segundo establece que el incumplimiento de cualquiera de sus disposiciones da lugar a diversas acciones, entre las cuales la destinada a sancionar al proveedor infractor y la de obtener la prestación de la obligación incumplida.



De acuerdo con el inciso siguiente, tales acciones pueden realizarse en beneficio del interés colectivo, lo que acorde al inciso quinto del mismo precepto acontece cuando se las promueve en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores jurídicamente vinculados con un proveedor;

**40°.-** La relación basal entre el colectivo representado por el Sernac y Fasa está dada por el compromiso que esta última asumió en favor de todos quienes en ella consumieron doscientos veinte medicamentos, entre diciembre de dos mil siete y marzo de dos mil ocho, inclusive, en el sentido de conferirles una indemnización compensatoria igual al sobre precio de adquisición.

Los términos del Plan de Compensación, ya revisados, son lo bastante claros como para percatarse que abarcó a todos los adquirentes y el total del diferencial.

Muchos de ellos no han recuperado lo que, por pertenecerles, les fue prometido restituir.

Vale en este punto traer a colación lo sentado por los jueces que conocieron y resolvieron la cuerda de libre competencia, que si bien estos decidores tienen absolutamente claro no se confunde con la presente -como antes se dejó advertido- tiene mérito demostrativo de cara a que lo que actuó Fasa en el período tantas veces especificado, lo fue “en perjuicio del bienestar social y los consumidores” y que “el abuso está dado por el acuerdo de perjudicar a los consumidores y obtener un beneficio propio.”

Son esos consumidores los que conducen un derecho común a todos ellos, cual el de obtener la prestación del compromiso incumplido.

Ha sido deber del Sernac accionar por el colectivo de consumidores perjudicados con el incumplido plan compensatorio;

**41°.-** Dado lo expuesto en supra 33°, el perjuicio asciende a seiscientos diez millones de pesos (\$ 610.000.000), que esta judicatura ordenará devolver, al cobijo de los artículos 3 e) y 53 C d) de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores;

**42°.-** De acuerdo con lo que preceptúa el artículo 24 de la ley del estudio, en su inciso primero, la Corte estará por acceder a la sanción que

solicita la actora, por la suma que se precisará en lo decisorio, teniendo para esto en cuenta la cuantía de lo controvertido, el beneficio obtenido por la multada, la gravedad del daño causado y la conocida situación económica de la infractora, tal como lo indica el inciso final de esa norma.

Empero, no se compartirá el criterio de la demandante en cuanto a entender que ha de sancionarse tantas veces como individuos afectados, principalmente por estarse en presencia de una acción de interés colectivo, que por definición, muta en unidad la diversidad, resultando de ello una universalidad a la que corresponde satisfacer como un todo, dentro de los márgenes del derecho;

**43°.-** A pesar que la circunstancialidad fáctica subyacente en la situación contenciosa no ha sido motivo de mayor controversia en el curso de este procedimiento, no está demás destacar que de conformidad con el artículo 51 inciso segundo de la normativa que rige estas materias, la prueba se aprecia según las reglas de la sana crítica;

**44°.-** En suma, acreditada la vulneración del artículo 12 de la Ley 19.496 por parte de Fasa, la Corte hará efectiva su responsabilidad infraccional en los términos *supra* adelantados y, acorde con lo que prevé su artículo 3 e), estimará la acción de indemnización compensatoria, de manera que dé acabado cumplimiento al Plan de Compensación *sub iudice*;

**45°.-** Para tal efecto, dentro de trigésimo día de ejecutoriado este laudo, Fasa consignará en la cuenta corriente del tribunal del grado, el monto de seiscientos diez millones de pesos (\$ 610.000.000), que es el faltante aquí probatoriamente no desvanecido, dinero que ha de actualizarse conforme a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor o el padrón que haga sus veces, entre esta fecha y aquella en que se deposite ese total en la cuenta corriente del tribunal.

Esa remesa lo será en favor del colectivo, del que ciertamente han de entenderse parte los comparecientes de fs. 144 y todos quienes al tenor de los incisos segundo del artículo 54 y primero del 54 C, además del 54 D, siempre de la Ley 19.496, hagan valer su derecho compensatorio, a fin que el tribunal disponga los giros consecuentes.

Si transcurridos los términos que el juzgado de base aprecie prudentes, quedase un remanente, hará uso de la potestad que le entrega el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, de manera tal que se satisfaga realmente el objetivo de reembolso que la perdidosa dice haber tenido en mente al concebir su plan;

**46°.-** Como esta sentencia no vendrá más que a reconocer un derecho cuya fuente se ubica en el aquí recurrente Plan de Compensación, se hace prescindible el trámite del inciso primero del artículo 54 C inciso primero; sin perjuicio, claro está, de la validez de la presentación que cualquiera de los perjudicados decida realizar al interior de ese predicado y del 54 inciso segundo, exclusivamente a los propósitos de identificación del artículo 54 D;

**47°.-** El juzgado de la instancia determinará la forma, periodicidad y medios de publicación del fallo, a nivel local, regional y nacional, en concordancia con el artículo 54 C;

**48°.-** Por el hecho de haber la emplazada compelido al Servicio a accionar en ejercicio del colectivo por ella tan manifiestamente preterido, al resultar claramente perdidosa, debe someterse a la carga de las costas en que aquél hubo de incurrir para sacar adelante esta vía contenciosa, todo ello de acuerdo con el artículo 144 del Código de Procedimiento Civil.

Consideraciones sobre la base de las cuales:

**I.-** Se **rechaza** el recurso de casación en la forma incoado por Farmacias Ahumada S. A. contra la sentencia de diez de octubre de dos mil trece.

**II.-** Se la **revoca** en cuanto por sus decisiones signadas 4. Y 5 desestimó la acción reconvencional y la acción civil indemnizatoria, al tiempo que eximió a la demandada del pago de las costas en que su contraria incurriera durante el curso del procedimiento, declarándose en su lugar que:

**A.** Farmacias Ahumada S. A. infringió el artículo 12 de la Ley 19.496.

**B.** Como consecuencia de ello se la condena al pago de una multa equivalente a cincuenta unidades tributarias mensuales (50 UTM).

**C.** Por lo mismo, se la obliga a consignar en la cuenta corriente del tribunal de la instancia, en provecho del colectivo representado por el Servicio Nacional del Consumidor, la cantidad de seiscientos diez millones de pesos (\$

610.000.000), con el indicado reajuste, dentro de trigésimo día a partir de la ejecutoriedad de lo presente, los que quedarán a disposición de los comparecientes de fs. 144 y de quienes hagan valer su derecho compensatorio al tenor de los incisos segundo del artículo 54 y primero del 54 C, además del 54 D, todos de la Ley 19.496, en favor de los que se decretará los giros consecuentes, sin perjuicio de lo que se dejó previsto en el párrafo final del razonamiento 45°.

**D.** Soportará la carga de las costas de las causa.

**III.-** Se **confirma** el mismo fallo, en lo demás.

Efectúese las publicaciones a que se hizo referencia en el motivo 47°.

Remítase copia autorizada de la presente resolución al Servicio Nacional del Consumidor, en la oportunidad legal correspondiente.

**Regístrese y devuélvase**, con sus tomos, documentos, sobres y demás antecedentes tenidos a la vista, dejándose en autos debida constancia de ello.

**Redacción del ministro Cerda**, quien no firma por promoción a otro tribunal.

**Civil N° 109-2.014.**

Pronunciada por la **Tercera Sala de esta Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago**, presidida por el Ministro señor Carlos Cerda Fernández, conformada por las Ministras señora Teresa Carolina Figueroa Chandía y señora Gloria Solís Romero.

Autoriza el (la) ministro de fe de esta Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago.

En Santiago, a diecisiete de noviembre de dos mil catorce, se notificó por el estado diario la sentencia que antecede.

Santiago, siete de marzo de dos mil dieciséis.

**Vistos:**

En estos autos ingreso Rol N° 1540-15 de esta Corte Suprema, en procedimiento sumario incoado por el Servicio Nacional del Consumidor -en adelante, SERNAC- contra Farmacias Ahumada S.A. -en lo que sigue, FASA-, por sentencia de diez de octubre de dos mil trece dictada por el 1º Juzgado Civil de Santiago, en lo que interesa, se rechazó la demanda contravencional y la acción civil indemnizatoria intentada.

Contra este pronunciamiento, el SERNAC dedujo recursos de casación en la forma y apelación, respecto de los cuales la Corte de Apelaciones de Santiago en fallo de diecisiete de noviembre de dos mil catorce, resolvió que:

I.- Se rechaza el recurso de casación en la forma incoado por Farmacias Ahumada S. A (*sic.*, debió decir SERNAC) contra la sentencia de diez de octubre de dos mil trece.

II.- Se la revoca en cuanto desestimó la acción reconvencional y la acción civil indemnizatoria, al tiempo que eximió a la demandada del pago de las costas en que su contraria incurriera durante el curso del procedimiento, declarándose en su lugar que:

A. Farmacias Ahumada S. A. infringió el artículo 12 de la Ley 19.496.

B. Como consecuencia de ello se la condena al pago de una multa equivalente a cincuenta unidades tributarias mensuales (50 UTM).

C. Por lo mismo, se la obliga a consignar en la cuenta corriente del tribunal de la instancia, en provecho del -interés- colectivo representado por el Servicio Nacional del Consumidor, la cantidad de seiscientos diez millones de pesos (\$ 610.000.000), dentro de trigésimo día a partir de la ejecutoriedad del fallo, los que quedarán a disposición de los comparecientes de fs. 144 de estos autos y de quienes hagan valer su derecho compensatorio al tenor de los incisos segundo del artículo 54 y primero del 54 C, además del 54 D, todos de la Ley N° 19.496, en

favor de los que se decretará los giros consecuentes, sin perjuicio de lo que se dejó previsto en el párrafo final del razonamiento 45° de la misma sentencia.

D. Soportará la carga de las costas de las causa.

III.- Se confirma el mismo fallo, en lo demás.

Contra esta última decisión, el SERNAC y FASA dedujeron sendos recursos de casación en el fondo, los que se ordenó traer en relación por decreto de fs. 814.

**Y considerando:**

**Primero:** Que en el arbitrio de casación en el fondo deducido por FASA se denuncian las siguientes infracciones:

En primer término, de los artículos 1 y 12 de la Ley N° 19.496, por cuanto el fallo recurrido considera que FASA no ha cumplido con los "términos, condiciones y modalidades" ofrecidos en el Plan de Compensación, omitiendo señalar el hecho esencial de que no existe ningún caso de consumidores que habiendo aceptado la oferta compensatoria de FASA y cumpliendo con los términos y condiciones del Plan, no hayan sido íntegramente indemnizados. El fallo no menciona cuál sería el término, condición o modalidad ofrecida en el Plan que no se ha cumplido por FASA y no obstante, la sanciona por dicho supuesto incumplimiento. Además, considera que respecto del Plan de Compensación FASA actúa como proveedor y los destinatarios de su oferta como consumidores, existiendo "la entrega del bien o la prestación del servicio", cuestión que no resulta ajustada al mérito del proceso ni al derecho aplicable.

En un segundo orden, denuncia la vulneración de los artículos 12 y 1437 del Código Civil y 98 del Código de Comercio, normas que, entre otras, regulan la formación del consentimiento en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que el fallo impugnado establece la existencia de una obligación incumplida en relación con una oferta que no fue aceptada por sus destinatarios. Explica que no puede existir una obligación para FASA, y ésta menos incumplirla, cuando los destinatarios (clientes afectados) no han aceptado el ofrecimiento compensatorio; así, FASA

reparó íntegramente a todos y cada uno de los clientes afectados que cumplieron con los términos y condiciones del Plan de Compensación y aceptaron su oferta.

Luego de exponer la forma en que los errores denunciados influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo impugnado, pide que se anule y se dicte sentencia de reemplazo que rechace en todas sus partes la demanda, con costas.

**Segundo:** Que en el recurso de casación interpuesto por el SERNAC se denuncia la infracción de los artículos 3, inciso 1°, letra e) y 24 de la Ley N° 19.496.

En relación al artículo 3, inciso 1°, letra e), señala que la sentencia lo infringe al no ordenar la compensación del total de los daños causados al incumplirse el plan de compensaciones, lo que implicaba que se ordenara a la demandada poner a disposición del tribunal el monto de \$1.020.000.000 aproximadamente, constituido por los \$610.000.000 que derechamente no compensó, así como por los \$410.000.000 que supuestamente entregó por la vía de las campañas de descuentos. Expresa que los recurridos concluyeron acertadamente que no resulta procedente imputar a la compensación los \$410.000.000 provenientes de las campañas de descuentos; sin embargo, de forma errada, señalaron que, en conclusión, dicha cifra no debe descontarse de los \$610.000.000 no compensados y debía añadirse al segundo monto derechamente no compensado, enterándose un total aproximado de \$1.020.000.000.

Asimismo, refiere que la sentencia infringe la norma en comento porque determinó un mecanismo de compensación que, por su generalidad y vaguedad, no resulta propio según las condiciones, circunstancias y objetivo del caso de autos para garantizar que efectivamente las indemnizaciones resulten adecuadas.

En lo relativo al artículo 24 de la Ley N° 19.496, se quebranta este precepto al rechazar el fallo la solicitud de aplicar una multa por cada operación de consumo celebrada durante el periodo de la colusión y cuyo consumidor no haya sido reparado, sin que dicha disposición permita concluir, como lo hacen los



recurridos, que al encontrarse afectado el interés colectivo la multa sea una sola, como si fuese una vulneración individual para los efectos de la sanción pecuniaria.

Después de describir la forma en que los errores denunciados influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo impugnado, pide que se anule sólo en aquellos aspectos recurridos, y acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, dicte la sentencia de reemplazo que corresponda con arreglo a la ley.

**Tercero:** Que el fallo de primer grado, para desestimar la denuncia y demanda deducida por SERNAC contra FASA, señaló en el motivo 33°, lo siguiente: *“...Lo que se reclama en la demanda, en estricto rigor jurídico, no es el incumplimiento de los términos, condiciones o modalidades ofrecidas o convenidas por FASA con el consumidor ‘con motivo de la entrega de un bien o prestación de un servicio’; por cuanto lo que se cuestiona o reclama en dicho libelo pretensor, no es ninguna de las circunstancias anteriores, sino que el hecho de que la demandada ‘no habría cumplido cabalmente el plan de compensación ofrecido en forma unilateral y voluntaria por dicha empresa a los consumidores afectados por el alza de precio de marras’; cuestión ésta que, no obstante el deber legal que tiene el servicio público demandante de velar por la protección de los derechos de los consumidores; no puede, sin embargo, ser reclamada por el compareciente aduciendo contravención al precepto que se analiza, por cuanto para que ella se configure, se requiere que la infracción esté referida a la ‘entrega de un bien’ o a la ‘prestación de un servicio’, presupuestos éstos que al no concurrir en la especie, hacen que la demanda pierda su sustento fáctico, no configurándose, de este modo, la contravención denunciada, contenida en el artículo 12 de la ley del ramo”.*

Los recurridos, por su parte, para revocar el aludido pronunciamiento, así como su fundamento, sentaron las siguientes consideraciones en su fallo:

En el motivo 11° se indica que el veinte de abril de dos mil nueve, FASA anunció lo que denominó Plan de Compensación Clientes FASA, para compensar

a sus consumidores afectados por las alzas de precios entre diciembre de dos mil siete y marzo de dos mil ocho, en el cual se impuso restituir el 100% del diferencial de precios registrado en 220 medicamentos, por un total estimado en \$ 2.546.063.735.

El motivo 20° señala, a su vez, que, en el libelo de contestación FASA confiesa que lo que confeccionó fue un “mecanismo de reembolso y compensación” para “todos” los “consumidores” que “hubieren adquirido” algunos de los consabidos doscientos veinte “productos”, con lo que no hace más que repetir lo ya expresado en el Plan de Compensación, instrumento que fue protocolizado el diecisiete de abril de dos mil nueve ante Musalem Saffie, en el sentido que decidió “compensar económicamente... a todas aquellas personas que hubieren adquirido...”, las que “recibirán como reembolso la diferencia de precio pagada, debidamente reajustada por IPC” o “se les reembolsará la diferencia de precio, reajustada según IPC” o FASA “les compensará la diferencia de precio pagada en dichos productos adquiridos...”, todo ello por un “monto total” de dinero que, en caso de no haberse “completado” al expirar el plazo establecido para ello, la firma “se compromete” a establecer el mecanismo que formula, “de manera que los consumidores obtengan un beneficio directo... hasta que se cumpla con dicho monto”, para lo que se anuncia auditorías “a cargo de una firma de auditores independientes de reconocido prestigio, de manera que el cumplimiento de los compromisos se valide por ese ente externo.”

El considerando 23° refiere que es un hecho de la causa que la planificada compensación se engendró, precisamente, en la circunstancia de no haber entregado o suministrado FASA a sus consumidores de doscientos veinte medicinas, el bien correspondiente al precio que por ellos le pagaron. Agrega que, debiendo FASA proveer el bien en las condiciones normales del intercambio comercial del momento, no lo hizo, incumpliendo esa exigencia. Consciente de ello, esto es, de haberse enriquecido sin causa legítima, y ante la difusión del

entonces público y notorio escándalo, se compromete a restituir la parte del precio ilícitamente habida.

En el basamento 24° los recurridos concluyen que aparece así evidente, que la apelada guardó para sí un sobreprecio hasta verse compelida por las circunstancias a formular un proyecto de compensación, cuyo reembolso ha de entenderse que forma parte de la compraventa inicial del producto.

Agregan que el plan de compensación constituye en sí un acto jurídico entre el proveedor abusivo y el consumidor abusado, que cae de lleno en el ámbito de aplicación de la Ley N° 19.496, cuyo artículo 2 a) prescribe que “Quedan sujetos a las disposiciones de esta ley: a) Los actos jurídicos que, de conformidad a lo preceptuado en el Código de Comercio u otras disposiciones legales, tengan el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor”.

En el razonamiento 25° expresan que la compraventa de remedios que se halla en la génesis del tema *sub ius*, no se agotó jurídicamente con la entrega de la cosa vendida y el pago del precio. El proveedor continuó ligado a los consumidores, al menos en dos aspectos. Primero, porque el producto vendido ha de servir al estricto propósito de salubridad que persigue con su expendio y segundo, porque ha de responder de cualquier defecto, error o vicio del que padezca.

En el motivo 29°, explican también que la obligación lateral de devolver lo ilegítimamente percibido, que en esta clase de operaciones forma parte de la responsabilidad postcontractual de la empresa, lógicamente ha subsistido hasta que las condiciones de los expendios se regularicen, con el correspondiente reembolso o compensación. En este sentido, la oferta que contiene el Plan es una consecuencia de las ventas que está destinada a enderezarlas.

**Cuarto:** Que lo razonado por los sentenciadores, en síntesis, en cuanto a los hechos, consiste en que FASA entre diciembre de 2007 y marzo de 2008, vendió a un universo de consumidores 220 medicamentos a precios que no

correspondían al proveniente del libre desenvolvimiento del mercado sino que a los derivados del ajuste de la concertación de FASA con otras cadenas farmacéuticas para su fijación. FASA conservó esas sumas provenientes del sobreprecio percibido hasta que se hizo pública la colusión que la originó, lo que la llevó en abril de 2009 a ofrecer un Plan de Compensación a los consumidores, que contempló tres mecanismos al efecto, uno de los cuales debía ejecutarse hasta agotar el monto en que se estimaron los perjuicios.

En lo referido al significado jurídico de la operación, en opinión de los recurridos, dado que las ventas forman un solo acto jurídico con el plan de compensación que persigue el reembolso del precio, ha de reputarse acto de comercio para los efectos previstos en el artículo 2 letra a) de la Ley N° 19.496.

**Quinto:** Que el artículo 2° letra a) de la Ley N° 19.496 dispone que:  
*“Quedan sujetos a las disposiciones de esta ley:*

*a) Los actos jurídicos que, de conformidad a lo preceptuado en el Código de Comercio u otras disposiciones legales, tengan el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor”.*

El artículo 3° N° 1 del Código de Comercio, a su vez, prescribe que: *“Son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos:*

*1°. La compra y permuta de cosas muebles, hechas con ánimo de venderlas, permutarlas o arrendarlas en la misma forma o en otra distinta, y la venta, permuta o arrendamiento de estas mismas cosas.*

*Sin embargo, no son actos de comercio la compra o permuta de objetos destinados a complementar accesoriamente las operaciones principales de una industria no comercial”.*

**Sexto:** Que, desde luego, ha de considerarse que cada uno de los actos que comprende el conjunto de los diversos negocios jurídicos llevados a cabo desde diciembre de 2007 a abril de 2009 son independientes del Plan de Compensación que propuso FASA para indemnizar a los consumidores, como

para pretender ligarlos y darle a la compensación el carácter de ser un acto de comercio para FASA y sujetarlo a la Ley N° 19.496, según el artículo 2°, letra a) de esa ley.

En efecto, las ventas de los medicamentos que se realizaron entre diciembre de 2007 y marzo de 2008, conforme a los contratos celebrados a la sazón por FASA con los consumidores, no pueden entenderse que puedan verse modificados por FASA posteriormente, al punto de llegar a formar parte original del mismo acto jurídico inicial, por el Plan de Compensación propuesto.

Por de pronto, de la transcripción que el fallo recurrido hizo de las cláusulas o disposiciones del Plan de Compensación, no resulta manifestación de voluntad alguna de FASA para que la compensación propuesta se entienda que forma parte integrante de cada una de las ventas celebradas respecto de los medicamentos comercializados entre diciembre de 2007 y marzo de 2008.

**Séptimo:** Que, sin perjuicio de lo anterior, aun si se estimara que FASA mediante el Plan de Compensación propuesto hubiese introducido otros términos, condiciones y modalidades de los comprendidos en los contratos de venta originalmente convenidos, -mediante la reducción del precio antes pactado junto con la devolución de la diferencia del precio efectivamente pagado y sin haber cumplido los términos, condiciones y modalidades de los que inicialmente vendió-, tal planteamiento carece de significado jurídico y no podría ser compartido, si se considera el carácter bilateral que reviste el contrato de compraventa, con lo que no puede dársele tal alcance mientras los consumidores no hubiesen consentido en ello.

El simple ofrecimiento del Plan de Compensación propuesto por FASA en favor de los consumidores, denota que algunos de éstos podrían no estar conformes con el nuevo precio propuesto -estimando que éste debería ser uno aún menor-, o con las vías de compensación que se discurrieron -al considerar que la devolución del sobreprecio habría podido ser por otra vía distinta a las tres ofrecidas-. De ahí que los términos, condiciones y modalidades en que se pactó la

venta inicial de los medicamentos, no puede considerarse alterada por el mero ofrecimiento de compensación formulada por FASA, porque si bien está relacionada, no forma parte de una misma operación con las ventas ya celebradas cuya compensación se propuso.

**Octavo:** Ahora bien, si con el Plan de Compensación FASA hubiese pretendido modificar los términos, condiciones y modalidades de las ventas celebradas entre diciembre de 2007 y marzo de 2008, habría necesariamente que concluir que sólo habrían aceptado la oferta los consumidores que adhieron a ella al solicitar que opere a su respecto la compensación y de este modo, únicamente podría haber existido incumplimiento de lo ofrecido en el Plan -y en las ventas- de acreditarse que algún consumidor de aquellos que se acogieron al régimen compensatorio, no hubiese obtenido la compensación ofrecida, circunstancias que el fallo no ha dado por demostrada.

**Noveno:** Que en otro orden de ideas, la reparación de los perjuicios causados por la comercialización de los medicamentos, aunque pueda considerarse una obligación subsecuente del proveedor no significa que quede regida por la Ley N° 19.496, como quiera que el Plan de Compensación ofrecido por FASA no tiene el carácter de ser un acto de comercio, de aquellos que regula la citada ley.

En efecto la venta a que alude el consabido artículo 3° N° 1 del Código de Comercio, es mercantil cuando las cosas que se venden se han comprado para venderlas o arrendarlas, o sea, debe concurrir el elemento de la intermediación que es inherente a toda operación mercantil, para lo cual es preciso atender a la intención del comprador de revender, que es lo que le da el carácter de intermediación al acto que celebra en la circulación de la riqueza.

De ahí que si se propone un Plan de Compensación para resarcir los perjuicios que puedan haber sufrido los consumidores con ocasión de una venta, no se configura la hipótesis de un negocio al que pueda dársele el carácter de ser una venta, porque no es una venta, ni menos lleva consigo el ánimo de lucro

propio del acto de comercio, porque de lo que se trata es de reparar un daño causado, con motivo de haberse cobrado un sobreprecio en una venta anterior que ahora se persigue compensar.

Pues bien, sin perjuicio de que con posterioridad a la entrega del producto y el pago de su precio, sigan existiendo, o puedan surgir, distintas obligaciones para el vendedor –como son las que regla la propia Ley N° 19.496-, no existe un negocio comercial porque el ánimo que indujo a FASA al proponer el Plan de Compensación, como consta del propio fallo recurrido, fue meramente resarcir la ganancia obtenida.

**Décimo:** Que, lo razonado no importa en caso alguno, que la conducta colusiva que originó el alza de precios que el plan propuesto por FASA persiguió compensar, haya quedado impune, o que no pueda resarcirse el perjuicio que se ocasionó a los consumidores.

Respecto de lo primero, como es de público conocimiento -FASA y la Fiscalía Nacional Económica convinieron una conciliación, la que fue aprobada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia- en causa rol C N°184 de 8 de Enero de 2012, en la cual FASA reconoció, que: “En noviembre de 2007, algunos ejecutivos de FASA mantuvieron contactos personales con ejecutivos de algunos laboratorios”, y que “Algunos de tales ejecutivos de laboratorios transmitieron a los ejecutivos de FASA la proposición de alzar coordinadamente los precios de las tres compañías (FASA, Salcobrand y Cruz Verde) para un grupo determinado de medicamentos, como solución a esta situación de mercado [esto es, la guerra de precios entre las farmacias que habría comenzado en el año 2005]”. Adicionalmente, FASA pagó “para beneficio social” la suma de 1.350 U.T.A. al Fisco de Chile, como una suerte de compensación del daño social causado por la colusión confesada, pago que indicó que sería a su juicio equivalente a una multa, además de entregar a la FNE un “cronograma” en que se muestra la evolución de los precios de los medicamentos incluidos en el requerimiento, de acuerdo a la información que FASA tenía en su poder en esa época y que, a juicio de la FNE,

ilustraría la colusión existente entre las requeridas. En dicha conciliación FASA se comprometió además a entregar a la FNE antecedentes adicionales que permitieran demostrar el acuerdo.

Si bien esta Corte Suprema, en el considerando séptimo de la sentencia dictada en causa Rol N° 3.344-2009 de 31 de agosto de 2009, que rechazó las reclamaciones deducidas contra el fallo arriba aludido, señaló que la contraprestación pecuniaria a que se obligó FASA no puede tener el carácter de multa, admitió que *“las partes la consideraron como ‘equivalente a una multa’, lo que satisfizo la pretensión punitiva a la que aspiraba el requerimiento”* de la Fiscalía Nacional Económica.

En cuanto a lo segundo, también es de público conocimiento que el SERNAC presentó una demanda colectiva contra Farmacias Ahumada, Cruz Verde y Salcobrand, según causa Rol N° 1940-2013 seguida ante el 10° Juzgado Civil de Santiago, en actual tramitación, de conformidad al artículo 30 del D.L. N° 211 invocando un interés colectivo o difuso de los consumidores, que persigue que aquellos que resultaron afectados por las conductas que sancionó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ya conocidas, sean compensadas por los daños sufridos.

**Undécimo:** Que, en conclusión, los sentenciadores de alzada han aplicado erróneamente el artículo 12 de la Ley N° 19.496 al caso de autos, pues las disposiciones del Plan de Compensación suscrito en abril de 2009 por FASA no forman parte de los términos, condiciones y modalidades con que se convino la entrega de los medicamentos en las ventas que se pretendía resarcir y, por ende, no puede catalogarse dicho Plan como un acto mercantil reglado por el referido cuerpo legal de conformidad a su artículo 2 letra a).

De ahí que el incumplimiento alegado, pero no probado, del Plan de Compensación ni siquiera pueda constituir una infracción de aquellas que prevé la Ley N° 19.496, ni pretender perseguir su resarcimiento conforme a la misma ley y, al resolver en sentido contrario los recurridos, han cometido un error de derecho



con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo que debe ser enmendado, acogiendo el recurso interpuesto.

Atendido lo antes razonado, no se analizarán las demás infracciones denunciadas, por resultar innecesario para lo que se decidirá.

**Duodécimo:** Que en el recurso de casación del SERNAC se denuncia la infracción de los artículos 3, inciso 1°, letra e) y 24 de la Ley N° 19.496, porque no se habría indemnizado a los consumidores por el total de los daños causados, por no establecer un mecanismo que garantice que las indemnizaciones resulten adecuadas, y por no imponer una multa por cada operación de consumo celebrada durante el período de colusión.

En atención a lo arriba declarado, esto es, que lo relacionado con el cumplimiento del Plan de Compensación no está regido por la Ley N° 19.496, ninguna de las infracciones denunciadas a los preceptos de esta ley se han podido cometer, motivo por el cual este recurso debe ser desestimado.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 764, 765, 767, 785 y 805 del Código de Procedimiento Civil, **se acoge** el recurso de casación en el fondo interpuesto en lo principal de fojas 748 en representación de Farmacias Ahumada S.A. contra la sentencia de diecisiete de noviembre de dos mil catorce dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago de fojas 719 a 746, la que se anula; y acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, se dicta la sentencia que corresponde conforme a la ley.

**Se rechaza** el recurso de casación en el fondo interpuesto en lo principal de fojas 770 en representación del Servicio Nacional del Consumidor contra la sentencia ya señalada.

Regístrese.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Rafael Gómez Balmaceda.

Rol N° 1540-15

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Jorge Dahm O., y los abogados integrantes Sres. Jean Pierre Matus A., y Rafael Gómez B. No firma el abogado integrante Sr. Matus, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a siete de marzo de dos mil dieciséis, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

Santiago, siete de marzo de dos mil dieciséis.

Dando cumplimiento a lo resuelto y atendido lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se procede a dictar la siguiente sentencia de reemplazo:

Vistos y teniendo, además, presente lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, **se confirma** la sentencia apelada de diez de octubre de dos mil trece, escrita de fojas 601 a 634.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Rafael Gómez Balmaceda.

Rol N° 1540-15.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Jorge Dahm O., y los abogados integrantes Sres. Jean Pierre Matus A., y Rafael Gómez B. No firma el abogado integrante Sr. Matus, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a siete de marzo de dos mil dieciséis, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.