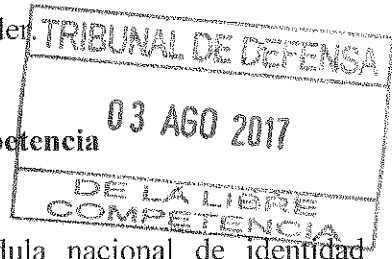


RECORDO 21 09 2017 09:52:24

oh

En lo principal, reposición; en el primer otrosí, acompañan documentos; en el segundo otrosí, acreditan personería; en el tercer otrosí, patrocinio y poder.



H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Arturo Alejandro Salah Cassani, ingeniero civil, cédula nacional de identidad N°5.477.362-5 y Sebastián Esteban Moreno González, abogado, cédula nacional de identidad N°10.571.529-3, en representación convencional de la **Asociación Nacional de Fútbol Profesional (“ANFP”)**, Corporación de Derecho Privado del giro de su denominación, Rol Único Tributario N°70.081.200-6, todos domiciliados para estos efectos en Avenida Quilín N°5635, comuna de Peñalolén, Región Metropolitana, en autos caratulados “Medida Prejudicial Cautelar de Club Deportivo Barnechea S.A.D.P. contra ANFP y otro”, Rol C N° 326-2017, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente decimos:

Interponemos recurso de reposición en contra de la resolución de 27 de julio de 2017, que rola a fojas 170 y siguiente (la “Resolución”), solicitando que sea dejada sin efecto y en su reemplazo se resuelva que se rechaza la solicitud de medidas cautelares prejudiciales de fojas 144, pedida por el Club Deportivo Barnechea S.A.D.P. (la “Solicitud de Medidas Cautelares” y “Barnechea”, respectivamente). Fundamos lo solicitado en los argumentos de hecho y de derecho que a continuación exponemos:

El cobro de 50.000 Unidades de Fomento (“UF”) por parte de la ANFP a Barnechea como cuota de incorporación a Primera B (la “Cuota de Incorporación”) no constituye un acto discriminatorio, exclusorio ni mucho menos colusivo. Por el contrario, corresponde simplemente al **cumplimiento de normas expresamente aceptadas por Barnechea y respecto de las cuáles incluso dicho club, paradójicamente, ha requerido su observancia respecto de otros clubes. Aún más, las condiciones de pago del cobro referido fueron expresamente aceptadas por escrito por Barnechea, lo que la contraria negó en su Solicitud de Medidas Cautelares.**

Así las cosas, **Barnechea ha obtenido indebidamente las medidas cautelares mediante el artilugio de recurrir a hechos falsos e imprecisos.** A modo de ejemplo introductorio, entre varios otros que se desarrollarán en el cuerpo de este escrito, Barnechea falta a la verdad cuando señala que no es cierto que llegó a un acuerdo “*para pagar la mitad de la cuota de UF 50.000 antes del inicio del Campeonato (que aún no comienza) y el resto*”

dentro del plazo de 18 meses.”¹ En efecto, basta tener presente que el Presidente de Barnechea, Armando Cordero Quezada, además de aceptar las Bases del Campeonato de Segunda División, suscribió una carta con la siguiente declaración: “En Santiago, a 13 de julio de 2017, en representación del Club deportivo Barnechea S.A.D.P. acepto sin condiciones la propuesta de la ANFP.”²

La abierta contradicción entre la Solicitud de Medidas Cautelares y los actos propios de Barnechea recién ejemplificada se explica por la naturaleza de este litigio. En efecto, **el presente conflicto es meramente patrimonial, de interés individual, y no de libre competencia**, ya que la Solicitud de Medidas Cautelares no busca la maximización del bienestar social, sino que tan solo –según sus propias palabras– la resolución de un “*tema patrimonial con la ANFP.*”³

Lo anterior se traduce en que **la pretensión invocada por Barnechea es inverosímil**, ya que ninguno de los hechos en que Barnechea funda su caso tiene aptitud para lesionar o poner en riesgo a la libre competencia.

Paralelamente, **la Resolución excede la potestad cautelar que concede el Decreto Ley N°211 de 1973 (“DL 211”) al H. Tribunal**, en tanto una de las medidas cautelares otorgadas es abiertamente innovativa.

Los argumentos reseñados implican que la Resolución debe ser dejada sin efecto, tal como se explicará detalladamente a continuación conforme al siguiente índice temático:

Índice

- 1. Barnechea ha obtenido indebidamente las medidas cautelares mediante hechos falsos e imprecisos.** 3
 - 1.1. No es efectivo que Barnechea no haya llegado a un acuerdo respecto del pago de la Cuota de Incorporación..... 3
 - 1.2. No es efectivo que la ANFP *de facto* haya evitado que Barnechea consiguiera financiamiento de parte de empresas de *factoring* o instituciones bancarias 4
- 2. La Solicitud de Medidas Cautelares es contraria a los actos propios de Barnechea** 5
 - 2.1. Barnechea aceptó pagar la Cuota de Incorporación en múltiples oportunidades 5
 - 2.1.1. Barnechea aceptó las Bases del Campeonato Nacional de Segunda División, Temporada 2016-2017, las cuales estipulan la Cuota de Incorporación..... 5
 - 2.1.2. Barnechea confirmó a la ANFP que cumpliría con el pago de la Cuota de Incorporación 6
 - 2.1.3. Barnechea aceptó la propuesta de pago de la Cuota de Incorporación efectuada por el Directorio de la ANFP 6
 - 2.2. Barnechea requirió el cumplimiento de la Cuota de Incorporación respecto de Deportes Valdivia el año 2016..... 7

¹ Solicitud de Medidas Cautelares, pp. 7-8, fs. 150-151.

² Aceptación de Barnechea de la propuesta de la ANFP, de 13 de julio de 2017, suscrita por Armando Cordero Quezada, Presidente de Barnechea. Ver documento acompañado en el primer otrosí bajo el N°1.

³ Solicitud de Orden de No Innovar, de 24 de julio de 2017, efectuada por Barnechea al H. Tribunal de Asuntos Patrimoniales de la ANFP. Ver documento acompañado en el primer otrosí bajo el N°2.

3. La Solicitud de Medidas Cautelares recae sobre un conflicto meramente patrimonial, de interés individual, y no de libre competencia. No existe, por tanto, un interés común que deba ser cautelado por el H. Tribunal..... 8

3.1. Los hechos en que Barnechea funda su caso hablan por sí solos: ninguno de ellos tiene aptitud para lesionar o poner en riesgo a la libre competencia 10

3.1.1. No puede ser discriminatorio cobrarle la misma cuota a todos los clubes que se encuentran –o encuentren– en la misma situación que Barnechea 10

3.1.2. No puede ser exclusorio cobrar una cuota de incorporación para ingresar a participar en un campeonato deportivo organizado por terceros..... 12

3.1.3. No puede ser colusivo que la ANFP determine, por mayoría de sus miembros, exigir el pago de la Cuota de Incorporación 13

3.2. Los hechos de la Solicitud de Medidas Cautelares, despojados de sus artificiales calificaciones de ‘anticompetitividad’, demuestran que el verdadero interés de Barnechea es patrimonial e individual.. 14

3.3. Es contrario al sentido común pretender que el H. Tribunal se acometa a regular las normas que rigen el funcionamiento del fútbol..... 16

4. La Resolución excede la potestad cautelar que concede el DL 211 al H. Tribunal 17

1. Barnechea ha obtenido indebidamente las medidas cautelares mediante hechos falsos e imprecisos

Como se acreditará a continuación, la Solicitud de Medidas Cautelares contiene antecedentes falsos e imprecisos. Ello es de la mayor importancia para el fallo de la presente reposición, ya que la Resolución fue dictada con el sólo mérito de los antecedentes proporcionados por Barnechea, sin que se haya conferido traslado a la ANFP y al Consejo de Presidentes.

1.1. No es efectivo que Barnechea no haya llegado a un acuerdo respecto del pago de la Cuota de Incorporación

La Solicitud de Medidas Cautelares descarta que Barnechea haya llegado a un acuerdo para pagar la mitad de la cuota de 50.000 UF antes del inicio del campeonato y el saldo dentro de un plazo de 18 meses. En efecto, Barnechea se refiere al contenido de una nota del diario El Mercurio señalando que “[h]abría llegado a un acuerdo con el CLUB BARNECHEA (lo que no es cierto) para pagar la mitad de la cuota de UF 50.000 antes del inicio del Campeonato (que aún no comienza) y el resto dentro del plazo de 18 meses.”⁴ Sin embargo, ello no es efectivo.

Como ya se adelantó, el 13 de julio de este año el Presidente de Barnechea, Armando Cordero Quezada, suscribió una carta aceptando el pago de las 50.000 UF mediante la siguiente declaración: “En Santiago, a 13 de julio de 2017, en representación del Club

⁴ Solicitud de Medidas Cautelares, pp. 7-8, fs. 150-151.

deportivo Barnechea S.A.D.P. **acepto sin condiciones la propuesta de la ANFP.**⁵ Así las cosas, es evidente que la Solicitud de Medidas Cautelares no se apega a la verdad.

1.2. No es efectivo que la ANFP *de facto* haya evitado que Barnechea consiguiera financiamiento de parte de empresas de *factoring* o instituciones bancarias

Barnechea señala en la Solicitud de Medidas Cautelares que “[I]a ANFP retrasando la entrega de certificados y documentos relevantes respecto de la distribución por las utilidades del canal del Fútbol que le correspondería al CLUB Barnechea, de facto evitó que nuestra representada pudiera conseguir financiamiento de parte de Factorings u otras instituciones Bancarias para poder pagar dicha suma de dinero.”⁶ Sin embargo, ello también es falso.

En primer lugar, el certificado referido fue entregado a las pocas horas de haber sido solicitado, sin ningún retraso. En efecto, el día 21 de julio en la mañana Barnechea requirió una reunión a Ángel Valencia, Secretario Ejecutivo de la ANFP.⁷ La reunión, a la cual también asistió Claudio Tessa, se realizó el mismo día a las 13:30 horas y recién durante la misma fue solicitado el certificado.⁸ Luego, a las 16:55 horas fue enviado el certificado a través de un correo electrónico.⁹

En segundo lugar, Barnechea se encuentra impedido de factorizar las utilidades del Canal del Fútbol en virtud de un acuerdo contractual. En efecto, el 27 de diciembre del 2013 Barnechea reconoció una deuda con la ANFP en virtud de un crédito de 530 millones de pesos que le otorgó ésta, estipulándose claramente que “[s]erá cláusula esencial del presente contrato, la prohibición al Club de Fútbol CLUB DEPORTIVO BARNECHEA SADP, durante la vigencia del crédito desde el año dos mil trece y hasta el año dos mil dieciocho, ejecutar operaciones de factoring (...)”¹⁰ (el destacado es del original).

⁵ Aceptación de Barnechea de la propuesta de la ANFP, de 13 de julio de 2017, suscrita por Armando Cordero Quezada, Presidente de Barnechea. Ver documento acompañado en el primer otrosí bajo el N°1.

⁶ Solicitud de Medidas Cautelares, p. 8, fs. 151.

⁷ Ver invitación de Outlook de Claudia Díaz a Claudio Tessa, Ángel Valencia Vásquez y Liliana González, enviada a las 9:52 horas del 21 de julio de 2017, a una reunión a las 13:30 horas de dicha fecha, titulada “Armando Cordero”. Documento acompañado en el primer otrosí bajo el N°3.

⁸ “(...) estar claros que la solicitud fue a las 15 horas y que el club sabe desde el 31 de agosto de 2016”. Correo electrónico de Claudio Tessa a Ángel Valencia, enviado el 23 de julio de 2017 a las 20:47 horas, titulado “Re: Certificado ANFP”. Documento acompañado en el primer otrosí bajo el N°4.

⁹ Ver correo electrónico de Claudia Díaz a Armando Cordero y Juan Eduardo González, con copia a Ángel Valencia, Claudio Tessa, Jorge Gómez, enviado el 21 de julio de 2017 a las 16:55 horas, titulado “Certificado ANFP”. Documento acompañado en el primer otrosí bajo el N°5.

¹⁰ Escritura pública de reconocimiento de deuda del Club de Fútbol Profesional “Club Deportivo Barnechea S.A.D.P.” a Asociación Nacional de Fútbol Profesional, de 27 de diciembre del 2013, otorgada por el Notario Público Suplente de la Primera Notaría de Macul, don Arturo Barrios Arriagada, Repertorio N°3.030-2013, Cláusula Séptima, p. 5. Ver documento acompañado en el primer otrosí bajo el N°6.

En tercer lugar, Barnechea otorgó un mandato a la ANFP para descontar de los flujos que perciba de la ANFP las cuotas mensuales de la deuda reconocida. Así lo establece la Cláusula Quinta del Reconocimiento de Deuda, la cual establece que “[e]l Club, expresamente otorga Mandato Especial pero tan amplio como en Derecho corresponda y faculta expresamente a la Asociación Nacional de Fútbol Profesional y a quién la represente o esta delegue, para descontar de los ingresos flujos y asignaciones que perciba de la ANFP o flujos o excedentes de derechos televisivos que le correspondieran del CDF y otros ingresos que obtenga por cualquier concepto, para descontar y pagar el pago mensual.”¹¹

Como ha sido acreditado, la Resolución fue concedida en base a antecedentes falsos e imprecisos. Dichas incorrecciones generaron una falsa verosimilitud de la pretensión invocada por Barnechea, por lo que el esclarecimiento de dichos hechos exige la revocación de las medidas cautelares.

2. La Solicitud de Medidas Cautelares es contraria a los actos propios de Barnechea

Como ha quedado en evidencia en la sección anterior, la pretensión cautelar de Barnechea contradice su propio actuar previo al cobro del cheque por la mitad de las 50.000 UF. En efecto, la Solicitud de Medidas Cautelares supone una manifiesta contradicción con numerosos actos ejecutados por Barnechea. Estos actos, como se demostrará a continuación, fueron ejecutados permanentemente hasta pocos días antes de la interposición de la Solicitud de Medidas Cautelares.

2.1. Barnechea aceptó pagar la Cuota de Incorporación en múltiples oportunidades

Como se acreditará a continuación, Barnechea aceptó en múltiples oportunidades pagar la Cuota de Incorporación que ahora impugna.

2.1.1. *Barnechea aceptó las Bases del Campeonato Nacional de Segunda División, Temporada 2016-2017, las cuales estipulan la Cuota de Incorporación*

¹¹ Escritura pública de reconocimiento de deuda del Club de Fútbol Profesional “Club Deportivo Barnechea S.A.D.P.” a Asociación Nacional de Fútbol Profesional, de 27 de diciembre del 2013, otorgada por el Notario Público Suplente de la Primera Notaría de Macul, don Arturo Barrios Arriagada, Repertorio N°3.030-2013, Cláusula Quinta, pp. 4-5. Ver documento acompañado en el primer otrosí bajo el N°6.

Al participar del Campeonato Nacional de Segunda División, Temporada 2016-2017, Barnechea aceptó las Bases de dicho campeonato. Las Bases estipulan que “[e]l club que suba a la Primera B, una vez concretado su ascenso deportivo, deberá cancelar en la ANFP la suma de 50 mil UF como cuota de incorporación a la categoría, según acuerdo del Honorable Consejo de Presidentes. El pago deberá hacerse en los plazos estipulados y definidos en base a una propuesta del Directorio de la ANFP, la que debe ser aprobada por el Honorable Consejo de Presidentes.”¹²

2.1.2. Barnechea confirmó a la ANFP que cumpliría con el pago de la Cuota de Incorporación

Con fecha 12 de julio de 2017, Armando Cordero Quezada, Presidente de Barnechea, confirmó al Directorio de la ANFP que cumpliría con el pago de la Cuota de Incorporación. En efecto, en una carta de dicha fecha señala que “[c]onfirmo a usted y Directorio que mi representada el Club Deportivo Barnechea SADP, cumplirá con el pago de la cuota de incorporación a Primera B por ascenso deportivo de la Temporada 2016-2017.

Para tal efecto, le solicitamos aceptar que dicha cuota se ajuste al plan de pago de cuota bimensual a contar del 30 de Septiembre del presente año.

Nuestro Club cumplirá lo que se resuelva en el Consejo de Presidentes o el Tribunal Patrimonial según sea el caso.¹³

Es del caso señalar que el 20 de julio de este año el Consejo de Presidentes aprobó la propuesta de pago del Directorio de la ANFP y el Tribunal Patrimonial no ha resuelto nada al respecto, sin perjuicio de la existencia de una solicitud de intervención.

2.1.3. Barnechea aceptó la propuesta de pago de la Cuota de Incorporación efectuada por el Directorio de la ANFP

Como ya se ha señalado, el 13 de julio de este año el Presidente de Barnechea, Armando Cordero Quezada, suscribió una carta aceptando el pago de las 50.000 UF

¹² Artículo 87 inciso tercero de las Bases del Campeonato Nacional de Segunda División, Temporada 2016-2017. Ver documento acompañado en el primer otrosí bajo el N°7.

¹³ Carta de Barnechea a la ANFP, de 12 de julio de 2017, suscrita por Armando Cordero Quezada, Presidente de Barnechea. Ver documento acompañado en el primer otrosí bajo el N°8.

mediante la siguiente declaración: “En Santiago, a 13 de julio de 2017, en representación del Club deportivo Barnechea S.A.D.P. **acepto sin condiciones la propuesta de la ANFP.**”¹⁴

2.2. Barnechea requirió el cumplimiento de la Cuota de Incorporación respecto de Deportes Valdivia el año 2016

Barnechea no sólo aceptó pagar la Cuota de Incorporación en múltiples oportunidades, sino que también requirió su cumplimiento hace poco más de un año. En efecto, el 7 de junio de 2016 Barnechea solicitó a la ANFP –luego de terminar el campeonato de Primera B en el último lugar– que “se certifique que expirado el plazo ya mencionado, esto es 30 días, **DEPORTES VALDIVIA no ha cumplido con el pago de la cuota de incorporación;** y tampoco ha cumplido con los requisitos impuestos en el mencionado cuaderno de cargos.”¹⁵

Es relevante hacer presente que Barnechea realizó dicha solicitud de certificado pese a tener pleno conocimiento que el Consejo de Presidentes ya había acordado conceder a Deportes Valdivia un plazo de pago de la Cuota de Incorporación superior a 30 días. En efecto, dicho acuerdo fue adoptado en el Consejo Extraordinario de Presidentes celebrado el 24 de mayo de 2016 con la abstención de Barnechea, esto es, dos semanas antes de la solicitud del certificado referido.

Como ha quedado demostrado, la pretensión cautelar de Barnechea contradice su propio actuar previo al cobro del cheque por la mitad de las 50.000 UF. Al respecto, es relevante hacer presente que los Tribunales Superiores de Justicia así como el propio H. Tribunal¹⁶ han rechazado reiterada y drásticamente la pretensión de quien, volviendo contra sus propios actos, pretende adoptar una posición jurídica contradictoria con su posición

¹⁴ Aceptación de Barnechea de la propuesta de la ANFP, de 13 de julio de 2017, suscrita por Armando Cordero Quezada, Presidente de Barnechea. Ver documento acompañado en el primer otrosí bajo el N°1.

¹⁵ Carta de Barnechea a la ANFP, de 7 de junio de 2016, suscrita por Armando Cordero Quezada, Presidente de Barnechea, p. 2. Ver documento acompañado en el primer otrosí bajo el N°9.

¹⁶ “Que, por ende, para efectuar el cómputo de la prescripción debe estarse a la aplicación a TERQUÍM de las referidas normas de prioridad –contenidas en el Manual de Servicios– y a su conocimiento y aceptación por ésta. Hacer algo distinto iría, además, en contra de la certeza que la institución de la prescripción debe dar a las partes de una relación jurídica, y vulneraría la doctrina de los actos propios, en el sentido que permitiría a TERQUÍM elegir a su sola voluntad, y sin límite en el tiempo, el momento y oportunidad para demandar a STI por un hecho conocido por TERQUÍM desde muchos años atrás” Sentencia N°96, de 21 de enero de 2010, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Demanda de Terquim contra San Antonio Terminal Internacional y Empresa Portuaria San Antonio, C°14°.

anterior, en perjuicio de quien de buena fe ha confiado en las seguridades que le dio la posición anterior.

A modo de ejemplo, la Excma. Corte Suprema ha fallado que *“la pretensión de la demandante en este juicio necesariamente ha debido ser rechazada de acuerdo con la teoría de los actos propios, es decir, aquel principio general del derecho fundado en la buena fe que impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada por la conducta del mismo sujeto, evitando así la agresión a un interés ajeno y el daño consiguiente. Tal doctrina se traduce en que se debe mantener en el derecho una conducta leal y honesta y, desde luego, es la inspiración de la regla por la cual nadie puede aprovecharse de su propio dolo o fraude, encontrando en materia contractual su base legal en el artículo 1546 del Código Civil.”*¹⁷

La Excma. Corte Suprema ha identificado como requisitos de procedencia de la teoría de los actos propios: (a) una conducta anterior, que revela una determinada posición jurídica de parte de la persona a quien se le trata de aplicar este principio; (b) una conducta posterior de parte del mismo sujeto, contradictoria con la anterior; y (c) que el derecho o pretensión que hace valer la persona en quien incide el acto propio perjudique a la contraparte jurídica.¹⁸ Cuando se configura un supuesto en que es posible aplicar la teoría de los actos propios, el tribunal debe rechazar la pretensión del demandante.

En este caso se cumplen todos los requisitos de la teoría de los actos propios: (a) Barnechea aceptó la Cuota de Incorporación e incluso ha requerido su cumplimiento. Aún más, Barnechea expresamente aceptó las condiciones de pago de la Cuota de Incorporación; (b) Barnechea ahora pretende impedir el cobro de la Cuota de Incorporación mediante la presentación de una Solicitud de Medidas Cautelares argumentando que constituye un acto discriminatorio y exclusorio; y (c) la actuación contradictoria de Barnechea perjudica a la ANFP, ya que se está viendo impedida de hacer cumplir las Bases del Campeonato Nacional, correspondiente a la temporada 2016-2017 de la Segunda División del Fútbol Profesional de Chile.

3. La Solicitud de Medidas Cautelares recae sobre un conflicto meramente patrimonial, de interés individual, y no de libre competencia. No existe, por tanto, un interés común que deba ser cautelado por el H. Tribunal

¹⁷ Sentencia de la Excma. Corte Suprema, de 9 de mayo de 2001, causa caratulada Villanueva Jaramillo, Luisa C. con Sanhueza Espinoza, Manuel, Rol 797-2000, C°3°.

¹⁸ Sentencia de la Excma. Corte Suprema, de 9 de mayo de 2001, causa caratulada Villanueva Jaramillo, Luisa C. con Sanhueza Espinoza, Manuel, Rol 797-2000, C°3°.

En filología suele decirse que ‘el lenguaje construye realidades’; pero en materia jurídica no es –ni puede ser– así. En un juicio la realidad sólo la pueden construir los hechos.

En esa línea, uno de los requisitos que deben concurrir para que el H. Tribunal decrete una medida cautelar es que los hechos descritos en la solicitud cautelar tengan efectivamente aptitud para lesionar o poner en riesgo a la libre competencia, por afectar un interés común.¹⁹ No basta con que el solicitante afirme que cierta circunstancia –que sólo lo aqueja individualmente– afecta el interés colectivo en materia de libre competencia.

Si así fuera, bastaría con que cualquiera que sintiera afectados sus intereses individuales recogiera un par de frases del DL 211, alguna que otra jurisprudencia y doctrina, y las insertara entre la relación de los hechos que ‘fundan’ su caso, para sostener luego que el H. Tribunal es competente por verse afectado un interés colectivo; y que incluso es necesaria y urgente la dictación de una medida prejudicial innovativa y sin notificación.

Pues bien, eso es justamente lo que ocurrió en este caso.

En este caso, como daremos cuenta en las secciones siguientes, no se describe hecho alguno que tenga aptitud para lesionar o poner en peligro el interés común tutelado por el bien jurídico libre competencia. Por el contrario, los hechos descritos por Barnechea demuestran que este caso trata más bien de un conflicto meramente patrimonial y de interés individual (de los dueños de Barnechea).

En efecto, este caso consiste en la intención de una parte (Barnechea), de conseguir algo que sólo ronda en su beneficio (participar en el campeonato de primera B y obtener los beneficios económicos que ello conlleva), sin cumplir antes con las obligaciones que fueron acordadas de forma conjunta y por igual para todos los clubes, por los mismos clubes (pagar una cuota de UF 50.000).

Así quedará de manifiesto a continuación, *primero*, al analizar los hechos descritos a la luz de la libre competencia; *luego*, al recordar lo señalado por el propio Barnechea; y, *finalmente*, al recurrir al más elemental sentido común.

¹⁹ “El Tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá decretar en cualquier estado del juicio o antes de su iniciación, y por el plazo que estime conveniente, todas las medidas cautelares que sean necesarias para impedir los efectos negativos de las conductas sometidas a su conocimiento y para resguardar el interés común.” (énfasis agregado). Artículo 25 del DL 211.

3.1. Los hechos en que Barnechea funda su caso hablan por sí solos: ninguno de ellos tiene aptitud para lesionar o poner en riesgo a la libre competencia

Analicemos los hechos que presenta Barnechea, a la luz de las imputaciones anticompetitivas que –artificialmente y sin ninguna conexión lógica– vincula a los mismos.

Barnechea, en concreto, señala que la exigencia de pagar la Cuota de Incorporación constituiría un acto discriminatorio, exclusorio y colusivo.

Eso es simplemente inverosímil e ilógico. Como se analiza a continuación, ello es inverosímil, ya que ninguno de los hechos imputados por Barnechea a la ANFP y el Consejo de Presidentes podría implicar alguna de las conductas anticompetitivas que Barnechea esboza en su Solicitud de Medidas Cautelares; y es ilógico, por cuanto entender la Cuota de Incorporación como discriminatoria, exclusoria o colusiva daría siempre lugar a situaciones del todo indeseadas.

3.1.1. *No puede ser discriminatorio cobrarle la misma cuota a todos los clubes que se encuentran –o encuentren– en la misma situación que Barnechea*

Barnechea señala en su escrito que la ANFP y el Consejo de Presidentes lo habrían discriminado arbitrariamente al: (i) exigirle la Cuota de Incorporación;²⁰ y (ii) haber reducido el monto de la cuota de incorporación a UF 24.000 para el próximo campeonato, sin efecto retroactivo.²¹

Para que un hecho, acto o convención resulte en un ilícito anticompetitivo de discriminación arbitraria, es esencial que, como mínimo, implique un trato distinto a dos sujetos en condiciones similares. Dicho supuesto, sin embargo, no se verifica en ninguna de las dos hipótesis de discriminación arbitraria imputadas por Barnechea a la ANFP y al Consejo de Presidentes. Veamos.

²⁰ “Este actuar anticompetitivo se ha reflejado, al menos, en las siguientes conductas: (1) La ANFP y el CONSEJO DE PRESIDENTES han impuesto al CLUB BARNECHEA una cuota de incorporación altísima para poder participar y competir en el Campeonato de Primera B, ascendiente a UF 50.000.” Solicitud de Medidas Cautelares, ¶2.7, pp. 8-9

²¹ “[R]educir la cuota de incorporación de UF 50.000 a UF 24.000 en el futuro, pero, sin embargo, en una discriminación arbitraria e injustificada, mantuvo la cuota de UF 50.000 respecto del CLUB BARNECHEA” Solicitud de Medidas Cautelares, ¶2.7, p. 9.

- a. No es arbitrario exigir la Cuota de Incorporación a Barnechea, en la medida que la Cuota de Incorporación se ha exigido a todos los clubes que han ascendido a Primera B desde 2014

La Cuota de Incorporación es un requisito objetivo y de aplicación general a todo equipo de fútbol que asciende la Primera B, desde el año 2014.

De hecho, la Cuota de Incorporación, como a Barnechea este año, se ha exigido a Iberia en 2014, a Puerto Montt en 2015 y a Valdivia en 2016.

Claramente entonces no hubo discriminación arbitraria alguna al exigirle la Cuota de Incorporación vigente a Barnechea.

Por el contrario, lo discriminatorio habría sido condonarle la Cuota de Incorporación a Barnechea, estando vigente y habiendo sido exigida a todos sus demás antecesores.

- b. Tampoco existe un trato discriminatorio en no aplicar retroactivamente a Barnechea el nuevo monto de la cuota de incorporación de U.F. 24.000

El acuerdo que dio lugar a fijar la cuota de incorporación en 24.000 UF fue alcanzado después de que Barnechea hubiera obtenido el campeonato de segunda división. La situación de Barnechea es evidentemente distinta a la prevista para la aplicación de la nueva cuota de incorporación: Barnechea fue campeón del Campeonato de Segunda División, temporada 2016-2017, por lo que se le aplican las reglas vigentes para dicho torneo y no para campeonatos posteriores.

Así las cosas, no podría haber un trato arbitrario a Barnechea respecto del que se daría al próximo equipo que salga campeón de la Segunda División, en tanto a ambos clubes se les aplicaría la reglamentación vigente al momento de ascender a Primera B.

Prueba lo anterior, el que sostener una posición contraria (como la de Barnechea) daría lugar a situaciones del todo indeseadas e ilógicas. En efecto, si fuera discriminatorio aplicar distintos criterios de incorporación para distintos campeonatos, se congelaría la cuota de incorporación de forma perpetua. Así, *por un lado*, si se acordara disminuir la cuota de incorporación para futuros campeonatos, los clubes que hubieran pagado la cuota de incorporación anterior alegarían un trato discriminatorio y forzarían a la ANFP a reembolsarles el diferencial respectivo; mientras que, *por otro lado*, si se acordara aumentar

dicha cuota, los nuevos clubes siempre podrían alegar que es arbitrariamente discriminatorio que se les aplique dicho aumento, en lugar de la cuota que se aplicó en el campeonato pasado (o en el que más les convenga).

Finalmente, y sólo a mayor abundamiento, cabe mencionar que la nueva Cuota de Incorporación de 24.000 UF ni siquiera es una realidad. Si bien el nuevo monto de dicha cuota fue acordado el 20 de julio de este año, el mismo no tendrá valor alguno sino hasta que sea formalizado en el Consejo de Presidentes de Noviembre, tal como lo exige el Reglamento.²²

En consecuencia, las supuestas hipótesis de discriminación arbitraria alegadas por Barnechea son inverosímiles (en la medida que ninguna de dichas hipótesis puede constituir una discriminación arbitraria anticompetitiva), ilógicas (en la medida que su ocurrencia daría lugar a resultados del todo indeseados) e incluso inexistentes (en la medida que la nueva cuota de incorporación de 24.000 UF ni siquiera ha sido formalizada conforme al Reglamento de la ANFP).

3.1.2. *No puede ser exclusorio cobrar una cuota de incorporación para ingresar a participar en un campeonato deportivo organizado por terceros*

Los hechos hablan por sí solos. Y lo hacen en voz alta cuando son públicos y notorios.

Pues bien, es un hecho público y notorio que el cobro de la Cuota de Incorporación no tuvo por objeto –ni tiene la aptitud de– excluir a los clubes que ascienden a la Primera B. En efecto, como vimos, los hechos demuestran que su cobro jamás ha sido impedimento para que los demás campeones de Segunda División asciendan a Primera B y participen de dichos torneos (como Iberia el 2014, Puerto Montt el 2015 y Deportes Valdivia el 2016).

Eso no es todo. Aquí nuevamente el más elemental sentido común permite descartar de plano lo afirmado por Barnechea, en tanto no tendría lógica alguna que los propios clubes

²² “El Consejo de Presidentes en la Asamblea Extraordinaria del mes de noviembre establecerá el monto de las cuotas ordinarias y extraordinarias y de incorporación” Artículo 52 del Reglamento de la ANFP. Ver documento acompañado en el primer otrosí bajo el N°10. En este sentido, Aldo Corradossi, Tesorero de la ANFP, señaló en el Consejo de Presidentes de 20 de julio de 2017 que “[m]e parece que no es fácil definir hoy día que nosotros podamos fijar en esta sesión esta cuota de incorporación, porque según estatutos entiendo que debería ser en noviembre.” (Audio del Consejo de Presidentes de la ANFP, de 20 de julio de 2017, segunda parte [1:53:20]) En el mismo tenor, agregó que “[l]a respuesta yo creo que es: lo antes posible de acuerdo a las formalidades legales que nosotros debemos cumplir. Esa es la respuesta. Al parecer todo indica que lo antes posible es noviembre de 2017.” (Audio del Consejo de Presidentes de la ANFP, de 20 de julio de 2017, segunda parte [1:55:48]).

se hubieran fijado a sí mismos una medida con fines exclusorios que les podría resultar aplicable. En efecto, si la Cuota de Incorporación fuera exclusoria, un equipo como Puerto Montt, con una cierta inestabilidad histórica entre las distintas divisiones del fútbol profesional, no votaría jamás a favor de aumentar la Cuota de Incorporación. Pero así lo hizo en 2011. Y no sólo eso, descendió a Segunda División el 2013 y el año 2015, cuando logró volver a la Primera B, comenzó a pagar la Cuota de Incorporación que el mismo votó a favor anteriormente.

3.1.3. *No puede ser colusivo que la ANFP determine, por mayoría de sus miembros, exigir el pago de la Cuota de Incorporación*

Probablemente la manifestación más clara de que Barnechea se limita a insinuar ‘conductas anticompetitivas’ sin sustento, y con el único objeto de disfrazar artificialmente su Solicitud de Medidas Cautelares de una acción de libre competencia (que no es), corresponde a la imputación de colusión que formula.

Barnechea, en la Solicitud de Medidas Cautelares, de forma aislada y casi perdida al final de un párrafo, señala que no puede “descartar que incluso pudieran existir acuerdos o prácticas concertadas entre competidores, también con el objeto de excluir a potenciales competidores.”²³ Es bastante difícil imaginar una imputación más vaga, irresponsable e inverosímil.

No hay nada más vago que ‘no poder descartar’ que ‘pueda existir’ un acuerdo entre ‘competidores’ (sin señalar qué competidores, ni en qué mercado), con el objeto de excluir a potenciales competidores (sin señalar quienes serían esos potenciales competidores).

Nada más irresponsable que insinuar con tanta liviandad la comisión de una colusión, a sabiendas que carece de todo sustento.

Y nada más inverosímil que sugerir que la ANFP y su Consejo de Presidentes se habrían coludido.

Recientemente el H. Tribunal resolvió que la colusión necesariamente requiere de dos o más agentes competidores, ya que “[a]sí lo reclama la naturaleza de este ilícito (...)”²⁴

²³ Solicitud de Medidas Cautelares, ¶2.6, p. 8, fs. 151.

²⁴ “Que, en el presente caso, existe un vicio procesal manifiesto o evidente que impide un pronunciamiento favorable del Tribunal. Incluso de considerarse que el requerimiento imputa a la AGC la calidad de facilitador del supuesto cartel de los médicos cirujanos, ello exige necesariamente declarar la existencia del acuerdo

300

En este caso, sin embargo, los únicos sujetos pasivos de la pretensión cautelar de Barnechea son la ANFP y el Consejo de Presidentes.

Por lo mismo, si ante la falta de precisión en la imputación de la Solicitud de Medidas Cautelares se asume que la colusión imputada sería entre la ANFP y el Consejo de Presidentes, la referida imputación se caería por su propio peso, en tanto la ANFP y el Consejo de Presidentes no son competidores y presentan una unidad de interés.²⁵

Pero si se asume que la acusación se refiere a un eventual acuerdo colusivo entre terceros innominados, la situación es aún más grave. En ese caso, Barnechea estaría solicitando la dictación de medidas cautelares prejudiciales, innovativas y sin notificación previa, en contra de la ANFP y el Consejo de Presidentes, en base a hechos cometidos por terceros ajenos a ellas y no emplazados en juicio.

* * *

En conclusión, los mismos hechos del caso son prueba suficiente de que la ANFP y el Consejo de Presidentes no incurrieron en ninguna de los ilícitos anticompetitivos imputados por Barnechea. Cuestión que, como vimos, no cambia porque Barnechea se limite a calificar que la Cuota de Incorporación es ‘discriminatoria’, ‘anticompetitiva’ o ‘exclusoria’, o a insinuar que ‘no puede descartarse’ que ‘pudiera haber habido’ una acuerdo colusivo entre ‘alguien’.

Por el contrario, y como veremos a continuación, la verdad de los hechos del caso, una vez despojados de sus artificiales calificaciones de ‘anticompetitividad’, demuestra que el real interés de Barnechea es patrimonial e individual.

3.2. Los hechos de la Solicitud de Medidas Cautelares, despojados de sus artificiales calificaciones de ‘anticompetitividad’, demuestran que el verdadero interés de Barnechea es patrimonial e individual

ilícito entre los competidores directos. Sin embargo, no es posible conocer y declarar la existencia de un acuerdo colusorio de competidores, ni siquiera como presupuesto de sanción de un agente facilitador, sin la comparecencia en el juicio de al menos dos competidores que concurrieron a dicho acuerdo. Así lo reclama la naturaleza de este ilícito que, al ser esencialmente colectivo, exige la concurrencia de dos o más agentes económicos competidores que celebran un acuerdo con ‘la voluntad y decisión conjunta’ de llevarlo a cabo (Sentencias de la Excm. Corte Suprema, Rol N° 10954- 11, considerando 9°, y Rol N° Rol N°27.181-2014, considerando 40°);” Resolución, de 2 de agosto de 2016, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Requerimiento de la FNE contra Asociación Gremial de Cirujanos de la V Región, párrafo N°6.

²⁵ “*El Consejo es la autoridad máxima de la Asociación y goza de todas las atribuciones y facultades establecidas en el artículo 10° de los Estatutos, las que ejercerá en la forma que determina este Reglamento.*” Artículo 8° del Reglamento de la ANFP. Ver documento acompañado en el primer otroso bajo el N°10.

Los únicos hechos ciertos son que Barnechea estima que este es un conflicto de carácter patrimonial, que afecta su interés individual, y del que pretende que la ANFP le cobre por concepto de Cuota de Incorporación sólo 24.000 UF (en vez de lo que señalan las Bases).

Eso es todo lo que Barnechea pretende con este litigio, y así lo ha declarado en reiteradas ocasiones.

En efecto, ante la ANFP, Barnechea ha señalado expresamente que este es un “conflicto de carácter patrimonial”²⁶ (y no de libre competencia o de competencia desleal) vinculado a “pagos pendientes”²⁷ (y no a actos arbitrarios o exclusorios; y menos colusivos).

Pero fue ante la prensa donde Barnechea ha sido más explícito en sus reales intenciones. En un comunicado de prensa reciente, Barnechea declaró que su real intención es recibir una tajada de los ingresos del Canal del Fútbol, señalando que el “*trasfondo de esta discusión es la repartición de los excedentes del CDF*”²⁸ (y no un tema de libre competencia). Cuestión que fue ratificada al día siguiente por su abogado patrocinante.²⁹

²⁶ “De conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de los Estatutos de la ANFP y artículo 1° y siguientes del procedimiento respectivo, solicito la intervención de este Tribunal con la finalidad de que cite al primer comparendo con la ANFP, a objeto de resolver un conflicto de carácter patrimonial suscitado por la interpretación de diversas normas acordadas por el Consejo de Presidentes de esta institución, en especial los recursos que le corresponden a mi representada por haber descendido a segunda división, temporada 2015/2016, además de los pagos pendientes que se detallarán oportunamente en el comparendo respectivo.”). Solicitud de intervención del H. Tribunal de Asuntos Patrimoniales de la ANFP, de 17 de julio de 2017, efectuada por Barnechea. Ver documento acompañado en el primer otrosí bajo el N°11.

“Se solicita orden de no innovar en relación a este tema patrimonial con la ANFP y que tiene directa relación con la cuota a pagar por esta temporada, al haber ascendido a la primera división B, en circunstancias que de haberse acogido nuestro reclamo, solo deberíamos pagar UF 25.000 de las UF. 50.000, porque el saldo de UF 25.000 quedaría compensado con la deuda que la ANFP tiene con mi representada.” Solicitud de intervención del H. Tribunal de Asuntos Patrimoniales de la ANFP, de 17 de julio de 2017, efectuada por Barnechea. Ver documento acompañado en el primer otrosí bajo el N°2.

²⁷ Ver nota al pie N°26.

²⁸ “Por ahora sólo diremos que nos interesa proteger las fuentes de trabajo que genera el CLUB BARNECHEA y los derechos de los hinchas y adherentes. Y sólo anticipamos que el trasfondo de esta discusión es la repartición de los excedentes del CDF.” Comunicado de Barnechea, de 27 de julio de 2017, punto N°3. [en línea] <<http://www.acharnechea.cl/declaracion-publica-julio-2017/>> [última consulta: 3 de agosto de 2017]

²⁹ “Ciro Colombara: Acá hay un conflicto económico, entre sociedades económicas, entre sociedades anónimas deportivas, en relación a un negocio extremadamente lucrativo, que es el del Canal del Fútbol. Esa es la verdad y es bueno que la gente lo sepa.

Periodista 1: Es que ese es el tema. Y eso a final de cuentas es lo que yo le quería preguntar, para, para que se transparente de una vez por todas. Aquí sí, si no hubiera Canal de Fútbol no estarían peleando ninguna cosa. Lo que...

Ciro Colombara: No...

Periodista 1: Lo que importa es esa tajada de billetes al final de cuentas.

Periodista 2: Habría una pelea, pero más chica.

Ciro Colombara: Probablemente.

Periodista 2: Eventualmente...

Ciro Colombara: Probablemente.” Entrevista de Radio Cooperativa al abogado del Club Deportivo Barnechea SADP, Ciro Colombara, de 28 de julio de 2017, minuto 6:05 en adelante. [en línea]

* * *

En conclusión, queda claro que lo único que le interesa a Barnechea –como el mismo reconoce– es pagar la mitad de lo que le correspondería pagar conforme al acuerdo mayoritario, vigente y preexistente de las Bases; y recibir aquello por lo que no tiene derecho (participar como un miembro más de la División Primera B del fútbol profesional), en la medida que no ha cumplido las normas que sus pares se han dado para ordenar la actividad. El resto le da lo mismo.

3.3. Es contrario al sentido común pretender que el H. Tribunal se acometa a regular las normas que rigen el funcionamiento del fútbol

Respecto a la regulación de actividades deportivas por parte de los órganos de libre competencia, el ex Comisionado de la Comisión Europea, Mario Monti, señaló de forma enfática que:

“Sporting regulations such as the way championships are organized, the way a coach structures his football team, how a referee rules the field, whether a judo player is selected to represent his or her country at the Olympic Games or the suspension of a swimmer for having taken doping substances is not the business of the Commission’s competition department and when we have received complaints we rejected them.”³⁰

Lo afirmado por el señor Mario Monti tiene todo el sentido del mundo. Si el H. Tribunal pudiera abocarse a regular las normas que los clubes de fútbol se imponen (a sí mismos) para regular su actividad (como el exigir la Cuota de Incorporación), nada impediría que mañana el H. Tribunal sea requerido para determinar si un penal que definió un campeonato estuvo correctamente cobrado. En este caso, una decisión incorrecta tendría consecuencias económicas para su víctima, y no por eso alguien esperaría que el H. Tribunal interviniera.

<<https://www.cooperativa.cl/noticias/deportes/futbol/barnechea/abogado-de-barnechea-eso-de-que-fifa-puede-sancionar-al-futbol-chileno/2017-07-28/211254.html>> [última consulta: 3 de agosto de de 2017]

³⁰ Prof. Mario Monti, European Commissioner for Competition Policy, Competition and the Consumer: What are the Aims of European Competition Policy?, Speech at European Competition Day in Madrid 5 (Feb. 26, 2002). (Traducción libre: “*Las normativas deportivas sobre cómo se organizan los campeonatos, la manera en que un entrenador dispone su equipo de fútbol, cómo un árbitro dirige el juego, si se selecciona a un jugador de judo para representar su país en los Juegos Olímpicos o si se suspende a un nadador por consumir sustancias prohibidas, no son de la incumbencia del departamento de competencia de la Comisión y las veces que hemos recibido denuncias a este respecto, las hemos rechazado*”).

