

Santiago, veintisiete de enero de dos mil veinte.

Vistos:

En estos antecedentes Rol Corte Suprema N° 278-2019, se trajeron los autos en relación para conocer de las reclamaciones presentadas por Laboratorio Fresenius Kabi Chile Limitada y Laboratorio Sanderson S.A., en contra de la sentencia de ocho de noviembre de dos mil dieciocho, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que acoge el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, declarando que las requeridas infringieron el artículo 3° incisos 1° y 2° letra a) del Decreto Ley N°211 al celebrar y ejecutar acuerdos con el objeto de afectar procesos de licitación de inyectables de menor tamaño, convocados por Cenabast, desde el año 1999 hasta a lo menos el año 2013, condenando a Laboratorio Fresenius Kabi Chile Limitada al pago de una multa de 30.000 Unidades Tributarias Anuales y a Laboratorio Sanderson S.A. a una sanción de 2.463 Unidades Tributarias Anuales (UTA), eximiendo de dicho castigo pecuniario a Laboratorios Biosano S.A., en atención a haberse acogido ésta al beneficio del artículo 39 bis del señalado cuerpo normativo.

Finalmente, el fallo impone a todas las requeridas la adopción de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia, que satisfaga los requisitos establecidos en la Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de



Libre Competencia elaborada por la Fiscalía Nacional Económica, de junio de 2012, por un plazo de cinco años, el cual deberá contemplar, además y como mínimo, las acciones detalladas en el cuerpo de la misma decisión.

Los antecedentes se inician por el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Laboratorio Fresenius Kabi Chile Limitada, Laboratorio Sanderson S.A. y Laboratorios Biosano S.A., por cuanto afirma que las requeridas celebraron y ejecutaron un acuerdo para afectar los resultados de las licitaciones públicas convocadas por Cenabast, en la adquisición de medicamentos inyectables o ampollas, involucrando 93 productos con distintos principios activos. De esta manera, afirma que tomaron contacto antes de ofertar y acordaron qué empresa ofrecería el precio más bajo, lo cual se materializaba a través de reuniones donde se aportaban documentos internos, principalmente planillas que consignaban la oferta que haría la empresa ganadora y, a veces, un precio de referencia para el perdedor. La última reunión, afirma el órgano administrativo, fue el 13 de febrero de 2013.

En cuanto al mercado relevante, se identifica como la provisión de medicamentos genéricos inyectables de menor volumen o ampollas, en el marco de las licitaciones públicas convocadas por Cenabast entre 1999 y el primer semestre de 2013. Cada producto se describe de forma detallada, razón por la cual no hay sustitución.



El acuerdo afectó arcas fiscales, con ingresos sobrenormales para las requeridas, que duraron entre 1999 y 2013.

Por estas razones, la FNE solicita la imposición de una multa de 18.000 UTA para Laboratorio Sanderson S.A., de 2.000 UTA para Laboratorio Fresenius Kabi Chile Limitada y se hace presente que Laboratorio Biosano S.A. cumple los requisitos para acceder a la exención de la sanción pecuniaria.

A fojas 389 Laboratorios Biosano S.A, (en adelante Biosano), contesta el requerimiento, señalando que entregó a la Fiscalía Nacional Económica (en adelante FNE) todos los antecedentes solicitados y, además, implementó un programa de cumplimiento de la normativa de libre competencia, razón por la cual pide no ser condenado en costas.

A fojas 574 Laboratorio Sanderson S.A. (en adelante Sanderson) y Laboratorio Fresenius Kabi Chile Limitada (en adelante Fresenius) oponen de manera conjunta excepción de prescripción, la cual se funda en que la notificación del requerimiento se practicó el 5 de agosto de 2016 y se imputan hechos que van desde 1999 hasta el primer semestre de 2013. Estiman que cada hecho se agota en el momento en que se presentan las ofertas al proceso de licitación respectivo y, por tanto, no se podrían perseguir aquellas conductas anteriores al 5 de agosto de 2011, por aplicación



del término de cinco años, dispuesto en el artículo 20 del Decreto Ley N°211.

En cuanto al fondo, niegan la existencia de un acuerdo colusorio con Biosano y reprochan que el requerimiento no distinga entre los productos a que se refiere, su naturaleza o su forma farmacéutica, lo cual es relevante para evaluar su uso y posible sustitución. En este orden de ideas, la expresión "inyectables de menor volumen" no tiene cabida o definición precisa en la legislación nacional.

Expresan que la evaluación de las ofertas pondera diversos factores. Para definir las condiciones de una oferta, es práctica de la industria llevar un seguimiento de esos factores considerados en licitaciones anteriores e incluso hay empresas que suministran la sistematización de esa información pública, como los participantes y precios de adjudicación. Por otro lado, a través del Servicio Nacional de Aduanas se puede acceder a las cantidades importadas y precios aproximados, todo lo cual justifica que se elabore una planilla de simulación ex ante, para calcular el mejor precio a ofertar, y una planilla de recopilación de información y seguimiento ex post.

Aseveran que la FNE omite información sobre las licitaciones a que se habrían referido las dos denuncias que dan inicio a la investigación, como tampoco explica respecto de qué se habrían puesto de acuerdo las empresas, sólo se habla de 1.262 ocasiones y 93 productos, sin que



quede claro si se imputa un acuerdo marco o uno específico para cada proceso licitatorio. El requerimiento tampoco expresa la finalidad del acuerdo, si era excluir competidores, repartirse el mercado o influir en precios futuros. En cuanto a este último punto, destacan que el precio no siempre es el factor más relevante de ponderación y su porcentaje de influencia ha variado en el tiempo.

Reconocen que han existido comunicaciones entre las requeridas, pero las explican en relaciones de mercado, puesto que se han vendido materias primas y excipientes e incluso, en 2005, hubo conversaciones de Sanderson para adquirir Biosano. También han tenido vínculos por su pertenencia a Asilfa (la Asociación Industrial de Laboratorios Farmacéuticos), lo cual no modificó su calidad de competidores. En efecto, algunas de las reuniones que se citan en el escrito de la FNE fueron precisamente en el tiempo en que se modificaron las bases tipo de licitación por Cenabast y, a propósito de ello, hubo reuniones, pero no con el alcance que les atribuye el órgano fiscalizador.

En cuanto al mercado relevante, éste varía todos los años, de modo que también van cambiando las participaciones de cada uno de los actores. Además, corresponde considerar que los mismos medicamentos se venden de manera directa a centros de salud públicos y privados por precios superiores, razón por la cual no se justifica una colusión para vender a Cenabast, donde el margen es menor. En cuanto



al poder de mercado, debe analizarse por producto licitado, porque se compite con aquellos laboratorios que tengan el registro sanitario para su comercialización.

Sobre la multa solicitada, aseguran que ésta es desproporcionada y el requerimiento no se refiere a los antecedentes tenidos a la vista para su determinación, haciendo presente que ella equivale a 26 veces las utilidades percibidas por la venta de los medicamentos en el periodo.

Finalmente, el tipo infraccional imputado exige la acreditación de la proposición del acuerdo, su ejecución y control de cumplimiento, además de la obtención de beneficios económicos.

Solicitan el rechazo del requerimiento, subsidiariamente que no se le aplique multa o, en subsidio de todo lo anterior, que ella sea rebajada.

A fojas 690 y 703, respectivamente, la FNE y Cenabast evacúan el traslado conferido en relación a la excepción de prescripción, señalando que el acuerdo colusorio es un solo ilícito y, por otro lado, que el término de 5 años para la prescripción no se inicia mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta.

En el presente caso, el actuar de las requeridas se desplegó hasta primer semestre de 2013, de modo que la acción fue deducida dentro de plazo.



Por sentencia de fojas 3794 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia razona, en primer lugar, acerca de la configuración de un acuerdo único, expresando que el problema sobre su existencia se origina en aquellos casos en que se celebran o ejecutan varios acuerdos entre las mismas partes o un grupo estable de competidores, por un período de tiempo en el que no median grandes interrupciones o en el que, existiendo tales interrupciones, se puede inferir fundadamente que se trata de una infracción única. De acuerdo con la literatura y jurisprudencia extranjera, por regla general es difícil encontrar evidencia directa de un plan global, razón por la cual el acuerdo único se infiere de una serie de pruebas de carácter fragmentario.

Agrega la decisión que se estará en presencia de un acuerdo único cuando se ejecuten varios pactos que tengan un mismo objeto, entre un grupo medular de participantes. Para estos efectos, no es necesario acreditar la existencia de todos los convenios específicos si la prueba acompañada permite inferir la ejecución de ellos en el tiempo. En otras palabras, lo determinante es revisar las identidades o similitudes entre aquellos celebrados antes de su interrupción o cese y los materializados después, identidades que dicen relación con su objeto, el grupo medular de ejecutivos que participan y sus formas de implementación.



En el presente caso, los elementos que deben ser probados son: (i) el inicio, objeto y partícipes del acuerdo; (ii) los ejecutivos involucrados en el acuerdo, reuniones y lugares donde se realizaban; (iii) la forma cómo se implementaba el acuerdo; (iv) la supuesta interrupción del acuerdo; y (v) causas y circunstancias de término del acuerdo, para lo cual analiza los medios probatorios que hay en la causa.

Examina la solicitud de beneficios de Biosano, donde se distinguen cuatro periodos en que se habría desarrollado y ejecutado el acuerdo. El primero comienza en el año 2000 cuando se incorporó Claudio Reginato a la gerencia comercial. Silvia Galindo - la gerente anterior - le comunicó la existencia de reuniones periódicas con Sanderson y Laboratorios Rider para acordar ciertas ofertas en licitaciones de la Cenabast, y, con ello, asegurar una cuota de mercado del 20% para Biosano. Señala las personas que participaron en las reuniones y el lugar, agregando que el acuerdo se materializaba con planillas impresas en que se proponían los precios y la asignación de productos.

Desde el año 2004 Biosano decidió importar bolsas de suero y ello generó tensiones con Sanderson, porque consideraba éste que era su mercado. Se produce un quiebre y se suspenden las conversaciones entre 2005 y 2006.

Luego, en el año 2007 Sanderson es adquirido por parte de Fresenius Kabi, hubo una reunión para comunicar a



Biosano esta circunstancia y presentarles al nuevo gerente general para retomar las conversaciones. Las planillas pasaron a formato electrónico. Biosano aceptaba las condiciones propuestas por sus competidoras, aunque a veces ofertaba un precio menor al acordado.

Finalmente, entre los años 2010 a 2012 Cenabast cambia sus bases de licitación y disminuye la relevancia del precio como variable de adjudicación. Se redujo el número de productos involucrados a alrededor de 20 y en algunas ocasiones Biosano se apartó del acuerdo para ofertar precios más bajos. Luego, Biosano concluyó que era difícil continuar con el acuerdo, atendidas las deducciones de puntaje que sufrían Fresenius y Sanderson, lo cual había significado que debía ofertar precios muy altos para que sus competidores se adjudicaran las licitaciones.

El relato contenido en la solicitud de beneficios - prosigue la sentencia - es consistente, en lo sustancial, con la descripción de los hechos descritos en el requerimiento, proporcionando antecedentes precisos y con un detalle mayor acerca de la existencia del acuerdo, viéndose además corroborado por otros antecedentes, como son las planillas Excel incautadas a las partes y los correos electrónicos intercambiados entre las requeridas, los cuales analiza en detalle para cada uno de los periodos, permitiendo así tener por acreditadas la existencia de las reuniones y sus participantes. De este



modo, concluye que los principales ejecutivos involucrados fueron los hermanos Claudio y Maurizio Reginato y Jorge Cornejo, por parte de Biosano; además de Pedro Pablo Echeverría y Mariano Ojeda, por parte de Fresenius y Sanderson, todos quienes se reunían con ocasión de los llamados a licitación de ampollas que convocaba Cenabast, principalmente en el Centro Vasco de Santiago y posteriormente en la casa de Maurizio Reginato.

Sobre la implementación del acuerdo, fue a través de planillas que son ponderadas por el tribunal, expresando que todas fueron creadas y modificadas con fechas anteriores al cierre de la fecha para presentar ofertas; en todas aparecen columnas que singularizan a las requeridas con las letras S y B u otra nomenclatura, conteniendo los precios efectivamente ofertados por Biosano, Fresenius y Sanderson en las licitaciones e indican la empresa que finalmente resultó adjudicataria. De esta forma, no es verosímil la versión alternativa que dan las Fresenius y Sanderson sobre las planillas, porque es imposible predecir con exactitud el precio que ofertaría el rival y tampoco es racional que se hubieran formulado ofertas con precios más altos en algunas de estas licitaciones, a menos que existiera un acuerdo, porque si hubiese podido anticipar la actuación de su rival, habría ofertado precios más bajos para así adjudicarse.



Analiza en detalle varias de ellas, agregando que si se comparan aquellas incautadas a Biosano con la información de Cenabast, en la mayoría de los casos los precios son muy cercanos y se cumple con la asignación, circunstancia que solo se explica por un acuerdo entre las requeridas.

En relación a la supuesta interrupción del acuerdo entre los años 2005 y 2006, hay pruebas de que en este periodo las conversaciones continuaron. La solicitud de beneficios reconoce que en ese lapso los hermanos Reginato aceptaron que las reuniones fueran con Jorge Cornejo, jefe de ventas de Biosano - quien declara en la causa - a fin de "recomponer la relación". Hay también correos electrónicos internos de Biosano, los cuales cita y concluye que el vínculo no se rompió totalmente, pese a las tensiones.

En aquello que concierne a las causas y circunstancias del término del acuerdo, Biosano señaló en la solicitud de beneficios que un hecho decisivo fueron los cambios de Cenabast a las bases de licitación. Los hermanos Reginato declararon sobre el punto, la nueva ponderación implicó que el precio tenía menor incidencia, ante la calidad y la evaluación como proveedor, entonces Biosano tenía que modificar mucho sus precios para adjudicarse o para procurar que se adjudicaran las demás requeridas.

Estas declaraciones de Claudio y Maurizio Reginato son consistentes con el hecho que, a partir de octubre de 2012,



Biosano se adjudicara licitaciones en las que ofertó un precio mayor al ofertado por Fresenius y Sanderson. En conclusión, la prueba rendida en autos demuestra que el acuerdo se mantuvo hasta al menos el primer trimestre del año 2013, de manera consistente con el requerimiento de la FNE.

En cuanto al número de compras alcanzado por el acuerdo, la FNE identificó, a modo ejemplar, 93 productos que habrían sido solicitados por Cenabast en al menos 1.262 oportunidades de adjudicación, pero señala que el número de veces en que el acuerdo fue apto para afectar las licitaciones es probablemente mayor, puesto que entre los años 1999 y 2005 la información fue recopilada de registros históricos y no del portal de Chilecompras.

Sin embargo, Biosano identificó en su solicitud de beneficios sólo 50 productos afectados por el acuerdo, sin indicar las oportunidades en las que Cenabast los habría licitado, como tampoco las veces en que ellos habrían sido objeto del acuerdo.

Esta diferencia numérica, en parecer de los sentenciadores, no altera en modo alguno las conclusiones expuestas anteriormente, puesto que lo acusado en autos es un acuerdo único cuyo objeto consistía en afectar los resultados de procesos de licitación de ampollas convocadas por Cenabast, lo cual habría ocurrido entre los años 1999 y 2013, a lo menos, todo lo cual está acreditado con la



prueba analizada y ponderada. Además, tal como ya se consignó, los casos de acuerdos únicos son aquellos en que existen diversos acuerdos particulares respecto de los cuales no necesariamente existe evidencia de todos ellos, siendo suficiente contar con prueba parcial que permita inferir la existencia del acuerdo único, todo lo cual se da sobradamente en este caso. Es decir, a partir de toda la prueba ponderada en autos, es muy probable que al menos fueron 93 los productos que habrían sido afectados por el acuerdo único, los que habrían sido solicitados por Cenabast en al menos 1.262 oportunidades.

Con lo hasta ahora razonado, desecha las alegaciones de Fresenius y Sanderson.

En cuanto a la prescripción, se concluyó que el acuerdo se mantuvo hasta por lo menos el primer trimestre de 2013 y el requerimiento fue notificado el 5 de agosto de 2016. Por consiguiente, la acción no se encuentra prescrita, en tanto fue interpuesta y notificada en un plazo inferior a cinco años, tal como dispone el artículo 20 incisos 3° y 4° del Decreto Ley N°211.

Luego, razona sobre las medidas a adoptar, expresando que la FNE señaló que Biosano cumple con los requisitos del artículo 39 bis del Decreto Ley N°211 para obtener el beneficio de exención total de la multa, el cual debe ser respetado por el Tribunal, puesto que no se acreditó que dicha empresa organizara el cartel o coaccionara a las



demás para participar en él. Sin embargo, al tenor del mismo precepto, es posible imponer a Biosano otras medidas.

Para ello debe tomarse en consideración que durante el periodo de extensión del acuerdo, entre 1999 a 2013, han estado en vigencia 3 regímenes legales de defensa de la libre competencia, que consignan diferentes regulaciones en torno a la figura de la colusión.

En concepto de los sentenciadores, corresponde aplicar el último de los textos, puesto que ese era el régimen jurídico vigente al tiempo de ejecución de la conducta ilícita, ahí se consumó o ejecutó íntegramente. Añade que en caso de infracciones continuas no existe aplicación retroactiva de una ley más gravosa y posterior, sino solo un régimen legal que muta durante su ejecución y cuya variación fue conocida por el hechor.

Sobre el monto del beneficio económico, la FNE acompañó un informe calculado desde el año 2006, puesto que solo desde esa fecha se tiene información en formato digital de las licitaciones. Atendido que Fresenius obtuvo el 13,5% del monto total adjudicado a Fresenius y Sanderson y que esta última obtuvo el 86,5% del mismo monto, se estima que (i) el beneficio económico promedio de Fresenius para el período 2006-2013 es de 1.231,5 UTA; y (ii) el beneficio económico promedio de Sanderson para el período 2006-2013 es de 7.869 UTA.



Teniendo en cuenta que Sanderson participaba del acuerdo desde 1999, para calcular el monto del beneficio económico obtenido por ella entre 1999 y 2005, se extrapolaron a ese período los resultados indicados precedentemente, considerando para ello las oportunidades de adjudicación de cada período, para estimar que el beneficio económico promedio de Sanderson en el lapso total es de 8.357,6 UTA.

Atendido lo anterior, se aplica una multa de 30.000 UTA a Laboratorio Sanderson S.A., por cuanto el doble del beneficio económico promedio que obtuvo producto de la colusión, es superior al límite máximo establecido por la normativa aplicable a los hechos denunciados en autos; y una multa de 2.463 UTA a Fresenius, equivalente al doble del beneficio económico promedio.

En forma adicional a la multa impuesta en el caso de Fresenius y Sanderson y de manera exclusiva para Biosano, se impone a obligación de adoptar un programa de cumplimiento en materia de libre competencia que satisfaga los requisitos establecidos en la Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia elaborada por la Fiscalía Nacional Económica, de junio de 2012, con una duración de cinco años y contemplando, como mínimo, las acciones que la misma sentencia detalla.

A fojas 3887 Fresenius deduce recurso de reclamación, alegando la infracción al artículo 3° inciso 1° y 2° letra



a) del Decreto Ley N°211, 19 inciso 1°, 20, 21 y 1698 del Código Civil, además del artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República.

Expone que por la vía de calificar la conducta como una infracción única, la sentencia no se pronuncia sobre si en realidad existieron o no los acuerdos durante el periodo imputado y si en todo ese lapso concurrieron los elementos del tipo legal. Ello, para evitar hacerse cargo de analizar el expediente investigativo y las particularidades de cada una de las 1.262 licitaciones, respecto de las cuales no hay evidencia anterior al año 2006. En este orden de ideas, la decisión nada dice sobre la acreditación de si en todas las conversaciones y reuniones que dio por probadas, se compartió información respecto de los precios y si hubo un acuerdo de voluntades para afectar múltiples licitaciones por casi 14 años. Tampoco pondera puntos como el poder de mercado, la aptitud para afectar la competencia y la decisión conjunta de llevar a cabo el supuesto acuerdo.

Agrega que se omitió la prueba que demuestra la independencia, discontinuidad de los contactos e inestabilidad de las participaciones de mercado de las requeridas, además de otras condiciones que dan cuenta que en el caso no se cumplen los presupuestos de una infracción permanente, sino a lo más múltiples acuerdos. En este sentido, la sentencia reconoció que los supuestos acuerdos eran variados, pero propuso que todos fueran tratados como



uno solo por la dificultad probatoria, antes de tener por probados los hechos que permiten tener por configurada la colusión.

Expresa que para que haya un solo hecho, debe verificarse una conexión objetiva y subjetiva, un vínculo ininterrumpido, un acuerdo marco inicial, un plan común y una voluntad común que se ejecuta a través del tiempo en un comportamiento continuo. En este caso, la sentencia discurre sobre las declaraciones de los delatores y una serie de planillas que no son fácilmente diferenciables de un simple documento interno de trabajo y, en este orden de ideas, no hay evidencia de un intercambio de información sensible o de comunicaciones que evidencien el acuerdo.

Por otro lado, la sentencia desatiende la prueba sobre la interrupción de las conversaciones, que incluso es refrendada por los delatores, a pesar de lo cual la decisión se basa en la declaración de Jorge Cornejo, quien depuso sobre reuniones en 2004 y 2005, no en 2006. Por tanto, hubo un fraccionamiento que impide considerar la comisión de una infracción única.

Alega, a continuación, la infracción a las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba y al deber de fundamentación de las sentencias, puesto que el tribunal no analizó la definición de mercado relevante, como tampoco consideró probanza alguna de dicha definición, teniendo por correcta la propuesta por la FNE, sin fundamento para ello



y sin referirse al poder de mercado que el supuesto acuerdo habría conferido a las requeridas, el cual juega un rol importante como integrante del ilícito.

Respecto del fondo del asunto, se confirió valor probatorio de manera errónea a la solicitud de beneficios, que no cumplía con el requisito de otorgar antecedentes corroborables con el resto de los elementos del proceso.

Se refiere en detalle a cada una de las planillas analizadas, para concluir que ellas no son elementos suficientes para tener por acreditada la existencia del acuerdo imputado. Añade que la solicitud de beneficios da cuenta de la independencia de los acuerdos, al igual que la declaración de los hermanos Reginato, en orden a que un mismo producto podía asignarse a uno y, en otra licitación, al otro.

Reitera la existencia de un quiebre entre los años 2005 y 2006.

En cuanto a las circunstancias que inciden en la determinación de la sanción, la estimación del beneficio económico se realiza desde 2006 dado que no hay información suficiente sobre las licitaciones de los años anteriores, para las cuales se hace una extrapolación con deficiencias metodológicas, incluyendo productos que no cumplen con ser inyectables de menor tamaño y tomando en cuenta el periodo en que el acuerdo estuvo interrumpido, con casos de



licitaciones desiertas o donde las requeridas no tenían registro sanitario.

Tampoco se consideró que Fresenius y Sanderson no tenían la calidad de reincidentes y prestaron colaboración durante el proceso de investigación.

Insiste en sus alegaciones de prescripción y añade que la sentencia está dada ultra petita, puesto que la FNE en su requerimiento solicitó para Sanderson una multa de 18.000 UTA y, en su lugar, el tribunal aplica 30.000 UTA, misma situación que se observa respecto de Fresenius a quien se solicitó 2.000 UTA y termina siendo objeto del pago de 2.463 UTA. En cuanto a este punto, hubo una errada determinación de la ley aplicable a los hechos, puesto que debía considerarse la norma más beneficiosa y, de este modo, el límite máximo es de 20.000 UTA.

Finalmente, reprocha que el programa de cumplimiento que se le exige es excesivo y de muy difícil implementación, impone revisión correos electrónicos y registros de llamados, lo cual resulta invasivo para sus ejecutivos, instando además por la contratación de un oficial de cumplimiento de tiempo completo. Asegura que ya cuenta con un programa de cumplimiento, razón por la cual pide se le permita seguir ejecutándolo.

Pide, en definitiva, se acoja la reclamación y, en consecuencia, se rechace el requerimiento, dejando sin efecto tanto la multa y como la imposición del programa de



cumplimiento y, en subsidio, que el castigo pecuniario sea rebajado.

A fojas 4039 Sanderson deduce recurso de reclamación, con fundamentos análogos a los ya expuestos por Fresenius.

Se refiere en su presentación, además, al mercado relevante y la forma en que se realizan las licitaciones. Expresa que es necesario tener un registro vigente para el producto que se está licitando, pero no es necesario que la persona que participa sea la titular de dicho registro, sino solo se necesita una autorización del titular. Las compras se materializan a través de un convenio marco que puede referirse a varios productos y futuras licitaciones pueden declararse desiertas porque el precio del mejor evaluado es mayor al convenio marco vigente.

En este orden de ideas, cada proceso licitatorio es distinto y la decisión de Cenabast de adjudicar es impredecible, porque el factor precio no es el determinante, no necesariamente la oferta más económica es la adjudicada y el peso que tiene el precio también ha ido variando. También Cenabast puede adjudicar a múltiples proveedores, declarar desierta la licitación o importar directamente en situaciones excepcionales.

Reprocha que en el requerimiento hay una errada definición del mercado relevante, se agrupan productos con distintos principios activos y concentración, que no son sustitutos entre sí, para asumir que la demanda de todos



ellos tendría las mismas características y sus oferentes serían idénticos, ignorando que Cenabast es sólo uno de los canales por los cuales las instituciones pueden realizar sus compras.

Por otro lado, se define el mercado como altamente concentrado, omitiendo la existencia de canales alternativos como las compras directas o importaciones y las características de las licitaciones de Cenabast, que generan distintos incentivos a los oferentes para participar. En este sentido, las requeridas tienen alta participación en algunos productos, pero en otros se observa la participación e importante de otros laboratorios que han sido adjudicatarios de licitaciones, existiendo alta competencia.

Plantea las mismas peticiones que la reclamación anterior.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que, en primer lugar, corresponde hacer ciertas consideraciones en torno a las características del mercado relevante para esta causa, en tanto las particularidades del ilícito atribuido a las requeridas, como también el escenario en que éste habría tenido lugar - esto es, en el marco de licitaciones públicas abiertas por Cenabast - entregan ciertos elementos especiales cuyo



análisis resulta necesario antes de entrar al fondo del asunto.

Segundo: Que, según ha señalado esta Corte con anterioridad, la precisión del mercado relevante exige tener a la vista aspectos como la naturaleza del negocio de que se trate, la porción geográfica comprometida y otros más específicos, razón por la cual la determinación se realiza caso a caso.

Sobre la conceptualización del mercado relevante, se ha planteado por la doctrina: *"supone identificar el conjunto de productos (bienes o servicios) que compiten entre sí en la satisfacción de las necesidades de los consumidores, el conjunto de empresas que pueden ofrecer dichos productos en un plazo relativamente reducido de tiempo y el área geográfica en la cual las condiciones de competencia para el suministro de dichos bienes o servicios son suficientemente homogéneas, diferentes en todo caso de las otras áreas geográficas próximas"* (Alfredo Ugarte Soto. Facilidades Esenciales y Abuso de Posición Dominante. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. vol.20 N°2. Año 2013). Se debe hacer presente que, en la definición de un mercado relevante, además, tiene especial importancia el examen de la sustituibilidad de la oferta y de la demanda, esto es, determinar en qué grado es posible reemplazar un producto o transacción por otro, dentro de un territorio determinado.



Tercero: Que la conducta imputada dice relación con acuerdos para afectar el resultado de procesos de licitación pública convocados por Cenabast, para la adquisición de aquello que la FNE denomina "inyectables genéricos contenidos de menor volumen" o también denominados "ampollas", expresión que las requeridas reprochan por no encontrarse definida en algún texto legal.

Si bien lo anterior puede ser efectivo, para efectos de una adecuada defensa no resulta ser un punto determinante, puesto que la FNE cumple con incorporar, como anexo al requerimiento, un listado preciso y acotado de los productos en cuyo abastecimiento habría influido el acuerdo que se atribuye a las requeridas, del cual no sólo se evidencia que se trata de medicamentos inyectables, presentados en un formato de no más de 500 ml, sino que, además, aparecen los bienes específicos a los cuales se extiende el requerimiento, de modo que no hay para las empresas carga alguna de determinación que pueda influir en sus alegaciones en el proceso.

En este orden de ideas, la inclusión del detalle de aquellos medicamentos en que habría influido el supuesto acuerdo, da cuenta que el elemento determinante para la definición de mercado relevante no es, en este caso particular, el principio activo o la concentración, sino su presentación en ampollas de cierta capacidad y, aún más



importante, el hecho de haber sido demandadas por Cenabast a las requeridas.

Cuarto: Que esta Corte ya ha tenido oportunidad de revisar el mercado de abastecimiento de medicamentos a Cenabast en la sentencia Rol N°11.779-2017, decisión donde se hizo un análisis de las principales disposiciones del Decreto con Fuerza N°1 del año 2005 del Ministerio de Salud que regula la orgánica y funciones de dicha repartición, para luego expresar: *"Cenabast reúne y agrega la demanda de medicamentos e insumos médicos de los establecimientos que forman parte del sistema de salud, para luego abrir licitaciones de compra en grandes cantidades, a las cuales se presentan los laboratorios que cuenten con autorización del Instituto de Salud Pública para la venta de los bienes demandados"* (motivo tercero).

En este orden de ideas, no es posible soslayar que la gran particularidad que tiene el mercado relevante en estudio es precisamente la existencia de un órgano que concentra la compra pública de medicamentos e insumos médicos, aglutinando la demanda de las instituciones públicas de salud que le otorgan mandato para la adquisición.

Se estableció también en dicha sentencia: *"Cenabast concentra y agrega la demanda de una serie de establecimientos que forman parte del sistema público de salud, abriendo licitaciones a fin de satisfacer las*



necesidades de medicamentos e insumos médicos. Tal como viene consignado en el fallo reclamado, la Central históricamente ha representado entre el 31% y el 52% de las ventas del canal institucional (en la consulta se indica que sería un 58%), erigiéndose como el principal comprador. En efecto, el año 2015 las ventas a través de otras vías - como por ejemplo, aquellas contempladas en la Ley N°19.886 - fue del 48%.

La sola expresión de estos porcentajes da cuenta de una demanda cuyo volumen no puede ser sustituida por los oferentes. En otras palabras, si bien los laboratorios se encuentran en la posición de optar por vender sus productos a Cenabast o directamente a las farmacias u otros distribuidores, la elección no resulta indiferente desde el punto de vista de la cantidad y magnitud de las transacciones a realizar, puesto que la sola adjudicación de una licitación pública puede significar la venta de un volumen muy superior a aquel que se obtendría de usar el canal retail. A ello se añade que, aun cuando decidan concentrar su ventas en el canal institucional, Cenabast concentra una demanda - sea de medicamentos éticos o de venta libre - cuya dimensión no puede encontrarse en otros actores de este rubro.

En este escenario, es posible afirmar que el aprovisionamiento de medicamentos a entidades públicas de salud goza de características que, desde la perspectiva del



proveedor, no pueden ser sustituidas por otra modalidad de venta o distribución y sin que exista en el canal institucional otro poder comprador de la misma magnitud que Cenabast, circunstancia que convierte al órgano administrativo en el actor más relevante de un mercado que tiene, en sí mismo, cualidades particulares que impiden integrarlo con las ventas realizadas por el canal retail" (considerando quinto).

Fue en ese contexto - esto es, el análisis de la demanda que concentra este especial órgano - que se expresó que Cenabast goza de una posición dominante, en tanto decide qué comprar, cuándo hacerlo y las condiciones para ello.

Sin perjuicio de lo anterior, para este caso en particular el mercado relevante y, por tanto, la existencia de poder de mercado, debe analizarse desde un cariz distinto.

Quinto: Que, en efecto, las características que reviste la posición de Cenabast en el mercado de aprovisionamiento de medicamentos en general hacen que la demanda que ella representa sea permanente y, por tanto, cualquier hecho que la afecte no se agote en la sola licitación en cuestión, aun cuando cada una de ellas se refiera a un principio activo, concentración y presentación precisos - y en ese entendido, no se trate de productos susceptibles de ser sustituidos entre sí - por cuanto es



sabido que en el futuro habrá nuevos procesos licitatorios donde, en general, los oferentes se repiten. En este sentido, no es efectiva la afirmación de las requeridas en orden a que una vez adjudicada la licitación, el mercado se extingue. Por el contrario, tal característica de permanencia implica que la participación de mercado debe necesariamente medirse en volumen de ventas por un periodo de tiempo determinado y no respecto de cada medicamento licitado.

Se trata, además, de un mercado concentrado, puesto que no fue discutido que las requeridas reúnen la producción de ampollas a nivel nacional - proceso que es objeto de altas exigencias por parte del Instituto de Salud Pública - y que la importación es escasa, circunstancias que se erigen como barreras de entrada para nuevos competidores.

Finalmente, Cenabast aglutina la demanda pública de medicamentos a nivel país, de modo que el mercado geográfico se identifica con todo el territorio nacional.

Sexto: Que, en consecuencia, con los matices ya señalados, el mercado relevante definido por la FNE como *"la provisión de medicamentos genéricos inyectables de menor volumen o ampollas, en el marco de las licitaciones públicas convocadas por Cenabast entre 1999 y el primer semestre de 2013"*, se torna adecuado para el análisis que



habrá de hacerse en relación a la concurrencia o no de los requisitos de la colusión imputada.

Séptimo: Que esta Corte en reiteradas oportunidades ha razonado en torno al ilícito regulado en el artículo 3° del Decreto Ley N°211, en lo relativo al acuerdo colusivo que, en este caso, se atribuye para efectos de fijación de precios de venta, asignarse cuotas de mercado y afectar el resultado de procesos de licitación.

De esta forma, se ha indicado en fallos anteriores (Rol N°2578-2012 y Rol N°27.781-2014): *“La colusión es una situación creada por quienes desarrollan una actividad económica en un mercado determinado, por medio de acuerdos que afectan negativamente la libre competencia, que les lleva a no competir o, a lo menos, a disminuir la competencia existente, con la finalidad de incrementar sus beneficios o/y afectar los de un tercero, la que sanciona el ordenamiento jurídico nacional desde el concierto de voluntades en tal sentido. El incremento de los beneficios de quienes integran la cartelización pueden lograrse a través de diferentes formas, instrumentos o conciertos (acuerdos de precios, de cantidades de producción, grado de innovación, número de competidores o venta y de reparto de mercados)”*.

Por su parte, la doctrina ha conceptualizado esta conducta como: *“el acuerdo entre los productores (proveedores) o distribuidores (comerciantes) en fijar*



precios de venta o de compra, paralizar o reducir la producción o en la asignación de zonas o cuotas de mercado," se agrega que: "la conducta es ilícita ya que en vez de competir se ponen de acuerdo en no hacerlo y así obtener un beneficio asegurado a costa de quienes le venden o compran, según se trate de productores o distribuidores quienes incurren en estas prácticas" (Derecho Económico, Tercera Edición Actualizada, José Luis Zavala Ortiz y Joaquín Morales Godoy, 2011, pág. 171). El objetivo principal buscado por las firmas que participan en estos acuerdos es naturalmente la maximización de sus beneficios y utilidades.

Conforme a la redacción del artículo 3° del Decreto Ley N°211 y a la jurisprudencia de esta Corte, los elementos esenciales del tipo de colusión son los siguientes: i) la existencia de un acuerdo; ii) su objeto; iii) la aptitud objetiva de dicho acuerdo para producir algún efecto contrario a la libre competencia, pudiendo ser éste concreto o sólo potencial; y iv) la voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo.

En este sentido, no se requiere para imponer la sanción que el acto en cuestión haya producido sus efectos, sino que basta que el mismo tienda a producir efectos que afecten la libre competencia. En consecuencia, y como antes se ha expresado, no es preciso que se concrete o desencadene un resultado gravoso para el sujeto pasivo de



la actividad colusoria desplegada, de manera que, por el sólo hecho de existir la concertación y que ésta busque modificar la conducta de un agente del mercado con el fin de obtener por parte de quienes deciden coludirse un beneficio de índole patrimonial, no puede ser sino considerado como un atentado contra los principios básicos que sustentan la normativa del Decreto Ley N°211, esto es, el otorgamiento de la misma oportunidad para que todos y cada uno de los agentes de un mercado compitan en igualdad de condiciones, manteniéndose la transparencia de las modalidades de ese mercado para cada uno de los actores que en él intervienen.

Octavo: Que, en cuanto al estándar probatorio para tener por acreditado el ilícito, el grado de convicción que ha sido requerido por esta Corte para sancionarlo es la existencia de una prueba clara y concluyente, expresándose en decisiones anteriores: *"en doctrina se habla de dos formas de probar la existencia de la colusión, la denominada evidencia dura y la evidencia circunstancial.*

La evidencia del primer tipo corresponde a pruebas materiales, como documentos, minutas, grabaciones, correos electrónicos que muestran claramente que ha existido comunicación directa entre empresas para acordar precios o repartirse el mercado. Puede resultar que una sola evidencia si es grave y precisa puede ser suficiente para



lograr convicción del establecimiento de los hechos, por ejemplo, un solo correo.

La evidencia circunstancial, en tanto, emplea el comportamiento comercial de las firmas en el mercado, el cual se presume, se deduce o infiere.

En ocasiones se considera que conductas paralelas, tanto en precios como tipos de ofertas, o bien negativas de venta, serían indicativas de un comportamiento coordinado.

En la modalidad de evidencia circunstancial se ha distinguido entre evidencia económica, como los movimientos en precios que no se encuentran vinculados a la variación de factores costos y demanda; y la evidencia de comunicación, como las conversaciones telefónicas o reuniones" (CS Rol 27.181-2014).

En conclusión, el acuerdo colusorio entre agentes económicos puede ser acreditado por prueba directa o indirecta, la cual debe ser ponderada conforme a las reglas de la sana crítica.

Sobre la dificultad probatoria de este tipo de conductas, ha afirmado la doctrina: "en la medida en que las empresas suelen ser conscientes del carácter anticompetitivo de sus conductas, es habitual que la autoridad de competencia se encuentre con documentación de carácter fraccionario y dispersa, de modo que normalmente es preciso inferir la existencia y duración de la infracción de ciertas coincidencias e indicios que,



considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción única y continuada" (María Labrada Mellado y Beatriz de Guindos Talavera. La infracción única y continuada. Anuario de la Competencia. Universitat Autònoma de Barcelona. España, año 2009, pág. 195 y siguientes).

Noveno: Que, en el presente caso, se cuenta con prueba material en relación al acuerdo de las partes. En efecto, son detalladamente analizados en la sentencia recurrida aquellos antecedentes obtenidos como resultado de la diligencia de entrada, registro e incautación de evidencias, consistentes en correos electrónicos internos de las requeridas y otros intercambiados entre ellas, como también una serie de planillas que contienen antecedentes de licitaciones futuras o en curso y donde aparecen datos concernientes al precio que ofertaría la competencia. Tales medios probatorios se encuentran refrendados tanto por la prueba testimonial como por la solicitud de beneficios y la documental en ella aportada por Biosano y permitieron dar por asentados los siguientes hechos:

1. A partir del año 1999, ejecutivos de Sanderson, Biosano y Laboratorio Rider S.A. sostuvieron reuniones a fin de acordar los precios que ofertarían en las licitaciones convocadas por Cenabast, en relación a medicamentos inyectables de menor volumen.



2. En un principio y hasta el año 2000, por Biosano actuaba Silvia Galindo, luego de lo cual se incorpora a la gerencia comercial de la empresa Claudio Reginato, quien prosigue con la misma práctica. Así, los principales ejecutivos que participaron en los hechos Claudio y Maurizio Reginato por Biosano y Pedro Pablo Echeverría y Mariano Ojeda por Sanderson y Fresenius.
3. Las reuniones se realizaban principalmente en el Centro Vasco de Santiago y posteriormente en el domicilio de Maurizio Reginato.
4. Durante el año 2004 Biosano decidió importar bolsas de suero y ello generó tensiones con Sanderson, razón por la cual se asigna a su jefe de ventas - Jorge Cornejo - la labor de recomponer la relación.
5. En 2007 Sanderson es adquirido por Fresenius Kabi, lo cual fue comunicado a Biosano en una reunión especial al efecto.
6. Durante los años 2010 a 2012 Cenabast modificó sus bases de licitación, haciendo más difícil la implementación del acuerdo, lo cual deriva en su término en el primer trimestre de 2013.

En este contexto, tal como ya se indicó, se cuenta con las planillas Excel a través de las cuales se materializaba el acuerdo, las cuales son examinadas en detalle por el fallo impugnado, en cuanto a su fecha de creación y de



última modificación, las personas que accedieron a ellas y, en especial, su contenido, destacando que se aprecian columnas con las nomenclaturas "S" y "B" que contienen los precios efectivamente ofertarían Biosano y Sanderson en licitaciones futuras.

Existen planillas creadas tanto por Biosano, como otras por Sanderson, siendo ellas, en su mayoría, coincidentes en el precio ofertado por ambas.

A ellas se añaden los correos electrónicos incautados, que dan cuenta de la existencia de las reuniones, como de sus participantes.

En consecuencia, tal como acertadamente viene resuelto, de la prueba rendida en autos y que es ponderada en detalle por el Tribunal, es posible concluir la efectividad del acuerdo imputado, su objeto y la voluntad conjunta de llevarlo a cabo.

Décimo: Que las reclamantes discuten que el acuerdo que se ha tenido por acreditado tenga la aptitud suficiente para producir efectos contrarios a la libre competencia, como también para conferirles poder de mercado.

Sobre este último concepto, la doctrina ha expresado: *"El término 'poder de mercado' hace referencia a la capacidad de una empresa (o de un grupo de empresas, actuando conjuntamente) de elevar el precio por encima de niveles competitivos, sin que disminuyan sus ventas tan rápido que el aumento del precio no resulte rentable y deba*



ser revertido (...) El método tradicional para probar el poder de mercado en los casos de Libre Competencia supone que primero se determine el mercado relevante en el que se calculará la cuota de mercado de la empresa demandada, luego se determine la cuota de la empresa en dicho mercado y, finalmente, se decida si ésta es lo suficientemente importante para inferir la existencia del grado requerido de poder de mercado. Asimismo, podrían presentarse otras evidencias para reforzar o refutar la inferencia derivada de la cuota de mercado, tales como las utilidades de la demandada, la capacidad de nuevas empresas de entrar en el mercado o discriminaciones de precios llevadas a cabo por la demandada” (William L. Landes y Richard A. Posner. El poder de mercado en los casos de Libre Competencia. Revista Ius et Veritas N°26, año 2003, pág. 136 y siguientes).

Volviendo al caso de autos, el Informe de Licitaciones aportado por Cenabast es claro en torno a que el análisis de los años 2006 a 2013 muestra que los montos adjudicados en las licitaciones convocadas durante ese periodo, se mantuvo relativamente constante, observándose, a modo ejemplar, durante el año 2009 que el 62% de las adjudicaciones fueron a Sanderson, un 31% a Biosano y sólo el 7% a otros proveedores, cifras que variaron sólo a partir del año 2011. Explica el documento que en ese lapso hubo 612 licitaciones, de las cuales 451 contaron con ofertas sólo de las requeridas, esto es, un 74%, añadiendo



que en un 83% de las oportunidades, se adjudicó a la oferta más económica.

Esto último resulta gravitante puesto que, aun cuando la modificación de las bases de licitación de Cenabast implicó la ponderación de otros factores al momento de adjudicar, el propio órgano administrativo reconoce que el precio siguió constituyendo un aspecto determinante. En este orden de ideas, la existencia de informes aportados por las requeridas en torno a que no existiría evidencia de una colusión en la evolución de los precios, resulta irrelevante para estos efectos, puesto que se ha establecido que ese precio no fue el fruto de una fijación libre, sino de una concertación previa que, si bien no impidió que otros actores ofertaran en las licitaciones - aun cuando ello fue en una proporción muy baja, según se ha indicado - ciertamente influyó en las posibilidades de adjudicación de dichos terceros, produciéndose así un efecto contrario a la libre competencia.

Relacionado con lo anterior, a partir de los datos aportados por la misma Cenabast, los sentenciadores elaboraron un gráfico del cual se aprecia que la participación de Sanderson y Fresenius en el mercado relevante fue en aumento, llegando a su máximo en el año 2011 con un 78,8%, para bajar levemente en 2012 a un 64%, mientras que la de Biosano llegó a un 31,6% en 2010. De esta forma, resulta evidente que durante la época de



vigencia del acuerdo, las requeridas gozaron de un alto poder de mercado, circunstancia que resulta concordante con el hecho que la participación de terceros actores se vio restringida, conforme se ha razonado.

Undécimo: Que, en consecuencia, corresponde desestimar las alegaciones de las requeridas en cuanto niegan la existencia de un acuerdo o de su efecto anticompetitivo, puesto que obra en su contra el cúmulo de antecedentes que han sido ponderados por el tribunal a quo, los cuales dan cuenta de reuniones permanentes y sucesivas entre los ejecutivos de las empresas, que se hacían constar en las planillas que cada uno de ellos elaboraba al efecto y cuyos acuerdos se ven efectivamente plasmados en los precios que posteriormente cada uno ofertaba en las licitaciones convocadas por Cenabast, las que en su mayoría fueron adjudicadas a la entidad que, conforme al convenio anterior, se las había atribuido por acuerdo de las partes.

No obsta a lo señalado la circunstancia que la solicitud de beneficios de Biosano hubiere expresado que las conversaciones se interrumpieron durante los años 2005 y 2006, por cuanto existe en este periodo aquella prueba descrita por el tribunal en los motivos centésimo décimo y siguientes, refrendada por la prueba testimonial. En este orden de pensamiento, tal como lo expresan los sentenciadores, la solicitud de beneficios es únicamente un antecedente adicional y, en este caso, la interrupción de



la cual da cuenta se ve desvirtuada por los elementos probatorios que obran en el expediente y que permitieron dar como un hecho asentado que las conversaciones no cesaron durante los años 2005 y 2006, cuestión que ciertamente es distinta a la ausencia de oportunidades para hacerlas efectivas a través de la presentación de ofertas.

Duodécimo: Que, relacionado con la interrupción alegada, está la excepción de prescripción opuesta por las requeridas y la discusión respecto a si se trata, en la especie, de un ilícito continuado, permanente o de varios hechos sucesivos que deban considerarse de manera aislada.

Sobre el término de la prescripción, el artículo 20 del Decreto Ley N°211 preceptúa, en lo pertinente: *"Las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de tres años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan. Esta prescripción se interrumpe por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular, formulados ante el Tribunal.*

Sin perjuicio de lo anterior, las acciones para perseguir las conductas previstas en la letra a) del artículo 3° prescribirán en el plazo de cinco años, y el cómputo de la prescripción no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción".



No discuten las partes que el plazo aplicable en la especie es de 5 años y que el requerimiento fue notificado el día 5 de agosto de 2016.

Décimo tercero: Que la unidad y pluralidad de acciones ha sido desarrollada por la doctrina penal, expresando que la unidad jurídica de acción se da en situaciones en que el hecho típico está compuesto por varias acciones u omisiones que se complementan. Así, se ha conceptualizado el delito permanente como *"aquellos en los que se crea una situación fáctica tal que cada momento de su duración puede ser imputado a consumación (...) crea una situación de hecho jurídicamente indeseable, cuya perduración en el tiempo depende de la voluntad del autor, pues éste podría ponerle fin si quisiera. Por tal motivo, el sujeto compromete dicha voluntad en un esfuerzo por mantener el estado de las cosas, y lo hace momento a momento en tanto éste se prolonga (...) con su actividad el sujeto crea la situación fáctica jurídicamente desaprobada; omitiendo hacerla cesar, provoca la perdurabilidad del efecto desvalorado por el ordenamiento"* (Enrique Cury Urzúa. Derecho Penal, Parte General. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Año 1985, pág. 272).

El mismo autor se refiere al delito continuado expresando: *"se habla de delito continuado para referirse a varias acciones ejecutadas en tiempos diversos, cada una de las cuales, considerada en forma independiente, realiza*



completamente las exigencias de tipos delictivos de la misma especie, no obstante lo cual han de ser tratadas como un todo y castigadas como un solo hecho punible, en virtud de la relación especial que media entre ellas” (Obra citada, pág. 275).

En aquello relativo específicamente a la libre competencia, esta Corte ha tenido oportunidad de referirse a las infracciones permanentes en autos Rol N°6249-2014, donde se expresó que, en esa oportunidad “*el ilícito de colusión de precios en la ruta Santiago Curacaví, objeto del requerimiento, configura una infracción permanente pues el comportamiento colusorio entre las empresas requeridas implicaba necesariamente una sucesión de actos en el tiempo destinados a mantener el acuerdo de precios para así seguir aprovechando los beneficios esperados, corresponde entender que subsiste tal conducta infraccional, esto es, que está siendo ejecutada mientras se mantenga la determinación y aplicación de precios pactados entre competidores, lo cual importa concluir que sólo ha cesado el ilícito de colusión una vez que ha terminado la voluntad, expresa o tácita, de sus partícipes de permanecer en él y, por ende, que no puede empezar a correr término de prescripción alguno si las requeridas han continuado cobrando precios concertados, por cuanto la conducta abusiva se sigue verificando” (motivo vigésimo).*



Décimo cuarto: Que, sin embargo, en concepto de esta Corte, la discusión en torno a tratarse de una única acción o de varias que se suceden en el tiempo, interrumpidas o no durante los años 2005 y 2006, no reviste influencia alguna en aquello que se resuelva sobre la excepción de prescripción, puesto que de todos modos, cualquiera sea la opción que se adopte, esta alegación debe ser rechazada.

En efecto, ya se ha razonado que el acuerdo imputado se inició durante el año 1999 y, aun cuando se estimara que hubo una interrupción en el año 2005 - que, según ya se ha expuesto, queda descartada - igualmente la reanudación de las conversaciones en el año 2007 produciría el efecto de renovar la acción persecutoria, por la comisión de nuevos ilícitos que harían perder el tiempo de prescripción transcurrido y así, finalizando éstas el año 2013, no operaría el término extintivo.

Ello es concordante con lo dispuesto en el artículo 20 ya transcrito, en orden a que el cómputo de la prescripción no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción.

Por otro lado, de estimar que estamos en presencia de una sola acción que se mantuvo en el tiempo y cesó en el año 2013, el rechazo de la prescripción es aún más patente, en tanto el requerimiento fue notificado el 5 de agosto de 2016, esto es, antes de transcurridos 5 años contados desde que cesó la conducta.



Décimo quinto: Que, arribados a este punto, encontrándose establecida la existencia de un acuerdo entre las requeridas para influir en los resultados de las licitaciones públicas convocadas por Cenabast, para la adquisición de medicamentos inyectables de menor volumen, actuar que se desarrolló de manera sucesiva y entrelazada durante los años 1999 y el primer trimestre de 2013, sin que hubiere operado la prescripción de la acción y, además, asentado que dicho acuerdo confirió a las requeridas poder de mercado y produjo efectos anticompetitivos, todo a la luz de lo establecido en el artículo 3° inciso primero y letra a) del Decreto Ley N°211, corresponde razonar en torno a las sanciones aplicables y, en primer lugar, respecto de la multa.

Décimo sexto: Que, en cuanto al monto del castigo pecuniario, es necesario tener presente que la normativa que lo regula ha sido objeto de diversas modificaciones que han variado su cuantía.

La primera preceptiva en la materia se encontraba en el artículo 173 de la Ley N° 13.305, publicada en el Diario Oficial de 6 de abril de 1959, que prescribía: *"Todo acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país, sea mediante convenios de fijación de precios o repartos de cuotas de producción, transporte o de distribución, o de zonas de mercado; sea mediante acuerdos, negociaciones o asociaciones para obtener reducciones o*



paralizaciones de producción; sea mediante la distribución exclusiva, hechos por una sola persona o sociedad, de varios productores del mismo artículo específico, o por medio de cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar la libre competencia, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados y con multa de uno por ciento al diez por ciento del capital del giro de los autores".

En 1973 se publicó el Decreto Ley N°211, que en la redacción original de su artículo 1° señalaba: "El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención, que tienda a impedir la libre competencia en la producción o en el comercio interno o externo, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados. Con todo, cuando este delito incida en artículos o servicios esenciales, tales como las correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicinas o salud, la pena se aumentará en un grado".

Posteriormente se dictó la Ley N°19.911, publicada en el Diario Oficial el 14 de noviembre de 2003, que incorporó, para lo que interesa a esta causa, el artículo 17 K que preceptuaba: "La sentencia definitiva será fundada, debiendo enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia. En ella se hará expresa mención de los fundamentos de los votos de minoría, si los hubiere. Esta sentencia deberá



dictarse dentro del plazo de cuarenta y cinco días, contado desde que el proceso se encuentre en estado de fallo.

En la sentencia definitiva, el Tribunal podrá adoptar las siguientes medidas:

c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales. Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo. En el caso de las multas aplicadas a personas jurídicas, responderán solidariamente del pago de las mismas sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieren participado en la realización del mismo.

Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente del infractor".

A través del Decreto con Fuerza de Ley N°1 del año 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, se fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N°211, donde esta norma, en los mismos términos ya transcritos, queda situada en el artículo 26.

El 13 de julio de 2009, se dicta la Ley N°20.361, que modificó el artículo 26 y deja a su letra c) en los siguientes términos: "c) *Aplicar multas a beneficio fiscal*



hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales y, en el caso de sancionar una conducta prevista en la letra a) del artículo 3°, hasta por una suma equivalente a treinta mil unidades tributarias anuales. Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo. Las multas aplicadas a personas naturales no podrán pagarse por la persona jurídica en la que ejercieron funciones ni por los accionistas o socios de la misma. Asimismo, tampoco podrán ser pagadas por cualquiera otra entidad perteneciente al mismo grupo empresarial en los términos señalados por el artículo 96 de la Ley de Mercado de Valores, ni por los accionistas o socios de éstas. En el caso de las multas aplicadas a personas jurídicas, responderán solidariamente del pago de las mismas sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieren participado en la realización del mismo.

Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor y, para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación".



Finalmente, el 30 de agosto de 2016 se publica la Ley N°20.945 que modifica nuevamente el artículo 26 letra c) al texto que mantiene hasta hoy: "c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente al treinta por ciento de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción. En el evento de que no sea posible determinar las ventas ni el beneficio económico obtenido por el infractor, el Tribunal podrá aplicar multas hasta por una suma equivalente a sesenta mil unidades tributarias anuales. Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo. Las multas aplicadas a personas naturales no podrán pagarse por la persona jurídica en la que ejercieron funciones ni por los accionistas o socios de la misma. Asimismo, tampoco podrán ser pagadas por cualquiera otra entidad perteneciente al mismo grupo empresarial en los términos señalados por el artículo 96 de la ley N°18.045, de Mercado de Valores, ni por los accionistas o socios de éstas. En el caso de las multas aplicadas a personas jurídicas, responderán solidariamente del pago de las mismas sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo,



siempre que hubieren participado en la realización del mismo.

Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en caso que lo hubiese; la gravedad de la conducta, el efecto disuasivo, la calidad de reincidente por haber sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez años, la capacidad económica del infractor y la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación”.

Décimo séptimo: Que, a la luz de lo ya razonado en el motivo décimo cuarto, la aplicación temporal de las normas relativas a la cuantía de la multa debe remontarse al año 2013, fecha en la cual cesó la conducta colusiva y que constituye, por tanto, el hito que fija la normativa aplicable a todo el periodo en que ella se extendió.

Décimo octavo: Que, a fin de determinar si existe un error jurídico en la determinación de la cuantía de la multa impuesta, resulta necesario reconstruir el proceso que llevaron a cabo los sentenciadores en su fijación.

Se toma como base el informe de la FNE que hace una estimación del beneficio económico, pero sólo a partir del año 2006, puesto que desde esa fecha se cuenta con la información respecto de las licitaciones afectadas por el acuerdo. Este informe realiza los cálculos sobre la base de



cuatro modelos, de los cuales los sentenciadores atienden únicamente a dos - modelo *difference in difference* y modelo estructural - para luego transformar los montos a Unidades Tributarias Anuales y obtener así las proporciones en el monto total adjudicado, correspondientes a Fresenius y Sanderson, en el periodo 2006-2013.

Luego, para calcular el beneficio obtenido por Sanderson en el periodo 1999-2005, se extrapolaron los resultados anteriores, obteniendo un promedio de 8.357 UTA.

Se consigue así un promedio conforme a las dos metodologías, de 1.231,5 UTA para Fresenius y 16.226,7 UTA para Sanderson.

En aquello que atañe a las circunstancias modificatorias, se hace presente que la colusión es el atentado más grave a la libre competencia, de modo que el monto del castigo pecuniario que se fije debe tener un efecto disuasivo, considerando que la conducta se extendió por 14 años y recayó sobre productos de vital importancia para el sistema de salud. No hay constancia de reincidencia, como tampoco resultan suficientes los antecedentes que se esgrimen para una colaboración.

Atendido lo anterior, se aplica a Sanderson una multa de 30.000 UTA, por cuanto el doble del beneficio económico promedio obtenido supera ese límite; a Fresenius se le castiga con 2.463 UTA, equivalente al doble del beneficio económico conseguido.



Décimo noveno: Que esta Corte comparte el análisis realizado por el tribunal a quo, en cuanto al valor probatorio del informe incorporado por la FNE del cual, si bien utiliza cuatro modelos de cálculo - *before-after* lineal, *before-after* cuadrático, *difference in difference* y modelo estructural - considera aquellos dos que se estiman superiores por los sentenciadores.

Luego, considerando que estos valores sólo se refieren a los años 2006 en adelante, ellos se extrapolan al periodo anterior, ejercicio que se estima correcto, por cuanto refleja lo ya señalado anteriormente, esto es, que la participación de las requeridas en el mercado de la compraventa de medicamentos inyectables de menor volumen a Cenabast, si bien sufrió variaciones, éstas fueron menores y, en general, se mantuvo constante, de modo que la extrapolación constituye una modalidad adecuada para la estimación del beneficio económico respecto de un periodo donde no se cuenta con información precisa.

Por lo demás, aun cuando se atendiera a los reproches que las partes formulan a dicho ejercicio estimativo, igualmente ello no tendría influencia sustancial en el monto del castigo pecuniario, según se dirá más adelante.

Vigésimo: Que, con todo, corresponde señalar que efectivamente existe un yerro jurídico al recurrir la sentencia al tope sancionatorio del doble del beneficio económico, por cuanto tal disposición fue sólo incorporada



por la Ley N°20.945 de 30 de agosto de 2016, en circunstancias que se dio por asentado como un hecho de la causa que el acuerdo imputado cesó en el primer trimestre de 2013, sin que se trate de un precepto que permita su aplicación de forma retroactiva.

En otras palabras, no es posible calcular el castigo pecuniario que se imponga sobre la base del doble del beneficio económico obtenido de la conducta, cuando dicha conducta se hubiere ejecutado en su totalidad en un periodo anterior a la vigencia de dicho parámetro.

Vigésimo primero: Que, en segundo lugar, corresponde razonar en torno a la influencia que, en este cálculo de multas, tiene la circunstancia de haber solicitado la Fiscalía Nacional Económica en su requerimiento, multas de montos precisos y menores a los finalmente impuestos por la sentencia recurrida.

Sobre el particular, útil resulta tener en cuenta que la Fiscalía Nacional Económica es un servicio público descentralizado, creado por el Decreto Ley N°211 y que tiene como una de sus funciones, conforme al artículo 39 letra c) de este cuerpo normativo, *“Actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en el orden económico, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y los tribunales de justicia, con todos los deberes y atribuciones que le correspondan en esa calidad.*



Ante la Corte Suprema, el Fiscal Nacional Económico, por sí o por delegado, podrá defender o impugnar los fallos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Respecto de las investigaciones practicadas por los Fiscales Adjuntos y de los cargos formulados por éstos, el Fiscal Nacional Económico podrá hacerlos suyos, ejerciendo sus funciones acusadoras ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o desestimarlos, con informe fundado a esta misma".

Por otro lado, el artículo 18 del señalado Decreto Ley, en cuanto a las formas como puede iniciarse el procedimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, señala como una de sus atribuciones "1) Conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley". A ello se añade lo preceptuado por el artículo 20 inciso 2°: "El procedimiento podrá iniciarse por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o por demanda de algún particular, la que deberá ser puesta en inmediato conocimiento de la Fiscalía. El requerimiento o demanda deberá contener la exposición clara y determinada de los hechos, actos o convenciones que infringirían la presente ley e indicar el o los mercados en que incidiría la presunta infracción. En el evento que la demanda o requerimiento no contenga las indicaciones señaladas previamente o cualquiera otra de las exigidas por



el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil y demás reglas aplicables, el tribunal dará un plazo de tres días hábiles para que el demandante o requirente subsane dichas omisiones. Vencido el plazo anterior sin haber sido subsanadas las omisiones, el tribunal mediante resolución fundada podrá no admitir a tramitación la demanda o el requerimiento. Admitido el requerimiento o la demanda a tramitación, se conferirá traslado, a quienes afecte, para contestar dentro del plazo de quince días hábiles o el término mayor que el Tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días”.

A la luz de las normas transcritas, en concepto de esta Corte, cuando la Fiscalía Nacional Económica opta por ejercer sus funciones de representación del interés general económico, fija la competencia del tribunal. En efecto, se trata del organismo técnico a quien el ordenamiento jurídico otorga el ejercicio - si bien no exclusivo - de la acción en estas materias que, en este caso en particular, estuvo precedida por una investigación administrativa, de modo que la Fiscalía es aquella parte que precisamente se encuentra en la posición de aportar al tribunal los antecedentes precisos y concretos sobre eventuales afectaciones a la libre competencia, la influencia de éstas en el mercado de que se trate y, consecuentemente, la determinación del castigo pecuniario u otras medidas que, conjuntamente con cumplir finalidades preventivo generales



y especiales, propendan al restablecimiento de las condiciones competitivas.

Sólo de esta forma se entiende que el Decreto Ley N°211 exija al requerimiento el cumplimiento de los mismos requisitos que una demanda, incluso remitiéndose al artículo 254 del Código de Procedimiento Civil que, entre sus exigencias, contempla *"la enunciación precisa y clara, consignada en la conclusión de las peticiones que se sometan al fallo del tribunal"*, presupuesto que demanda la referencia, en caso de solicitarse multas, de una suma precisa a la cual los sentenciadores deben atender.

Vigésimo segundo: Que, establecido lo anterior, respecto del monto concreto de la multa a imponer, útil resulta reiterar que el artículo 26 del Decreto Ley N°211 en su versión aplicable a los hechos, expone sobre el particular: *"Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor y, para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación"*.

De los términos del precepto reproducido fluye claramente que se está en presencia de una norma enunciativa que, por vía ejemplar describe una serie de



criterios o elementos que, entre otros, orientarán al tribunal para la adecuada determinación de las multas.

No es dable sostener entonces, según lo ha señalado esta Corte en otras oportunidades, que la fijación de la multa haya de corresponder a un valor asociado al resultado de un mero cálculo basado en los beneficios económicos obtenidos, puesto que también juegan un rol determinante los demás criterios de apreciación contemplados en la norma.

Vigésimo tercero: Que, considerando la forma en que se han establecido los hechos, esta Corte estima que en la determinación del castigo pecuniario aplicable a las requeridas resulta particularmente relevante el elemento o criterio sancionatorio relacionado con la gravedad de la conducta, teniendo para ello especialmente presente el porcentaje de participación que las tres empresas en su conjunto sumaban en el mercado de la venta de medicamentos inyectables al sector público a través de Cenabast, que conforme se consigna en el fallo recurrido suma - a lo menos para el periodo 2006 a 2013 - un 84,7%; la circunstancia de tratarse de la afectación al mercado de los medicamentos, esto es, un bien especialmente sensible para la población y teniendo además como consideración que, en este especial mercado, el mayor o menor precio al cual compre Cenabast tiene directa incidencia en el gasto público; el extenso lapso durante el cual se concretó y



mantuvo la conducta, esto es, años 1999 a 2013 y su manifestación concreta a través de un acuerdo que tuvo como efecto fijar los precios y asignar el mercado, lo cual naturalmente conduce a la obtención de un beneficio económico dado que, según se ha asentado, dicha asignación se cumplió en la mayoría de los procesos licitatorios objeto del requerimiento, esto es, Cenabast efectivamente compró al valor acordado por las requeridas.

Preciso es además hacer constar que, en esta materia, es del todo relevante el efecto disuasivo que es esperable de la sanción que se imponga, en tanto desincentive de persistir en conductas como las investigadas, pese a la potencialidad de beneficios que pudieran significar, los cuales se han cifrado, en la especie, en 1.231,5 UTA para Fresenius y 16.226,7 UTA para Sanderson.

Vigésimo cuarto: Que, a la luz de lo razonado hasta ahora, fluye una total congruencia entre el beneficio económico obtenido, la necesidad de fijación de un castigo pecuniario que sea superior a ese beneficio y los montos solicitados por la Fiscalía Nacional Económica en su requerimiento, de 18.000 UTA para Sanderson y 2.000 UTA para Fresenius, razón por la cual esta Corte estará a aquellos.

A mayor abundamiento, relevante es destacar que la moción parlamentaria que constituye el origen de la Ley N°20.945 - aquella que estableció la consideración al doble



del beneficio económico - señala respecto de las finalidades de dicho límite: "A fin de asegurar que las multas puedan ser efectivamente disuasorias de conductas anticompetitivas, resulta necesario establecer un límite máximo flexible que permita al Tribunal aplicar una multa superior al beneficio económico obtenido por los infractores y que, para aquellos casos en que resulte sumamente complicado determinar dicho beneficio, se le autorice al Tribunal a fijar las multas basándose en estándares que se han considerado por el derecho comparado y la literatura como una aproximación certera de tales beneficios.

De esta manera, el proyecto propone que el monto máximo de la multa ascienda hasta una suma equivalente al doble del beneficio económico obtenido como resultado de la infracción, si es que éste puede ser claramente determinado por el Tribunal, o, en caso contrario, al 30% de las ventas del infractor correspondientes al período durante el cual la infracción se haya prolongado.

Estos criterios han sido contemplados en las legislaciones con mayor tradición en materia de libre competencia, tales como la estadounidense y la europea. La primera considera como límite máximo para las multas el doble de la ganancia obtenida por el infractor o el doble de la pérdida causada a las víctimas, y la segunda se



refiere a hasta un 30% del valor de las ventas multiplicado por el número de años que haya durado la infracción.

De aprobarse esta propuesta, nuestro sistema de defensa de la libre competencia contará con las herramientas adecuadas que permitan aplicar multas que sean suficientes tanto desde un punto de vista preventivo como sancionatorio, que es lo que, sin lugar a dudas, corresponde para el caso de actos que atentan tan gravemente en contra de la libre competencia en los mercados".

Si bien dicho tope, como ya se adelantó, no resulta aplicable de manera imperativa por estar fijado en una ley posterior, en concepto de esta Corte y a la luz de los criterios antes transcritos, con los cuales se concuerda, resulta una herramienta idónea para efectos de la fijación de un castigo pecuniario que resulte disuasivo de nuevas conductas anticompetitivas. De esta manera - y siempre a mayor abundamiento - si se considerara sólo el beneficio económico ya establecido únicamente para el periodo 2006-2013, el doble de dicha cantidad también se acercaría a los montos solicitados por la Fiscalía Nacional Económica y a los cuales se atenderá en lo resolutivo.

Vigésimo quinto: Que, finalmente, se reprocha la imposición de un programa de cumplimiento que se califica como *"excesivo y de muy difícil implementación"*, haciendo



presente que Fresenius y Sanderson ya contarían con uno puesto en marcha, que solicitan se mantenga vigente.

Corresponde destacar que las requeridas no alegan la existencia de un programa de cumplimiento vigente como eximente de responsabilidad o circunstancia atenuante, sino sólo cuestionan el contenido de aquel impuesto y la circunstancia de que éste resulte distinto al que, según afirman, ya se encuentra en ejecución.

Vigésimo sexto: Que el programa de cumplimiento corresponde a un conjunto de políticas, prácticas y procedimientos tendientes a asegurar que al interior de un agente económico se observen las normas protectoras de la libre competencia. Se trata, esencialmente, de un instrumento que, por un lado, manifiesta la intención corporativa de respeto a la legislación en esta materia y, por otro, tiene una finalidad esencialmente preventiva, estableciendo mecanismos sancionatorios únicamente para aquellos casos en que la labor de prevención ha fracasado.

En conformidad a lo señalado, de resultar efectivo que Fresenius y Sanderson cuentan con un programa de cumplimiento, si aquel estuvo vigente entre los años 1999 a 2013, claramente no cumplió con su función preventiva, puesto que sus medidas no fueron capaces de identificar adecuadamente los riesgos y evitar que ellos se materializaran, razón por la cual ciertamente resulta necesario que éste se adecúe a los estándares fijados por



el tribunal a quo como medidas correctivas y que, por lo demás, resultan aquellos que ha establecido la Fiscalía Nacional Económica como mínimos y esenciales para la consecución de dicha finalidad.

De este modo, como acertadamente viene resuelto, el cumplimiento de la legislación en materia de libre competencia debe someterse a tales directrices mínimas, sin que pueda admitirse la alegación de existir otras distintas, si ha quedado en evidencia que ellas no resultaron idóneas o eficaces en el cumplimiento de la finalidad preventiva que las caracteriza, todas razones por las cuales se mantendrá tal exigencia, en los términos en que viene impuesta.

Vigésimo séptimo: Que, en consecuencia, corresponde el acogimiento de los recursos de reclamación, únicamente en cuanto solicitan la rebaja de las multas impuestas, a la cual se accederá en los términos que se expresarán en lo resolutivo, teniendo en cuenta las cantidades pedidas por la FNE en su requerimiento.

Por estos fundamentos, normas legales citadas y lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto Ley N° 211, se resuelve que **se acogen** los recursos de reclamación deducidos por Laboratorio Fresenius Kabi Chile Limitada y Laboratorio Sanderson S.A., en contra de la sentencia de ocho de noviembre de dos mil dieciocho, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, **sólo en cuanto**



se decide que se impone a Laboratorio Fresenius Kabi Chile Limitada una multa de 2.000 Unidades Tributarias Anuales y a Laboratorio Sanderson S.A. una multa de 18.000 Unidades Tributarias Anuales, todo por haber incurrido ambas en infracción a lo dispuesto en el artículo 3° inciso primero y letra a) del Decreto Ley N°211.

Se previene que el ministro señor Arturo Prado Puga concurre al acogimiento de los recursos de reclamación, teniendo para ello presente que, en su concepto, las conductas incurridas por las requeridas deben apreciarse de manera individual, no continuada, considerando que cada una de ellas se agota al momento de adjudicarse la licitación respectiva, sin perjuicio de interrumpirse el plazo de prescripción y perderse aquel ya acumulado, por la celebración de nuevos acuerdos posteriores.

Con todo, ello no influye en la resolución que se viene adoptando en relación a la excepción de prescripción de la acción para perseguir las transgresiones anteriores al año 2011 por cuanto, tal como se expresa en el fallo, no existe prueba suficiente que permita dar por acreditada una suspensión de las conversaciones durante los años 2005 y 2006 y, por el contrario, existen medios probatorios que llevan a la conclusión opuesta.

Asimismo, estima que la multa impuesta por el fallo reclamado no resulta proporcional a los términos de la infracción y al beneficio económico obtenido con la



provisión de medicamentos, siendo de esta manera, la sanción que se impuso a los requeridos desajustada con las conductas transgresoras, motivo por el cual se justifica su rebaja. En efecto, la evaluación del castigo pecuniario requiere considerar los criterios de pertinencia de su ponderación, de acuerdo con el principio de proporcionalidad (Enrique Navarro Beltrán, La Constitución Económica chilena ante los Tribunales de Justicia Ediciones Universidad Finis Terrae, año 2016, pág. 276), que obliga a tener presente en la determinación de su cuantía, las circunstancias concurrentes, a objeto de alcanzar la necesaria y debida simetría entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida que, según la estimación de quien sostiene esta opinión particular, no fue completamente satisfecha en la sentencia pronunciada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Acordada con el **voto en contra** de los Ministros señor Muñoz y señor Dahm, quienes estuvieron por rechazar los recursos de reclamación y, en consecuencia, mantener aquellos montos sancionatorios fijados por el tribunal a quo, esto es, de 2.463 UTA para Laboratorio Fresenius Kabi Chile Limitada y de 30.000 UTA para Laboratorio Sanderson S.A., teniendo para ello presente:

1° Que, si bien el Decreto Ley N°211 confiere a la Fiscalía Nacional Económica facultades para iniciar el procedimiento que tenga por objeto la determinación de



conductas infractoras de la libre competencia, tal prerrogativa no es exclusiva del órgano administrativo, por cuanto los artículos 18 N°1 y 20 inciso 2° del mismo cuerpo normativo contemplan la posibilidad de que éste comience por demanda de un particular, aun cuando ésta deba ser puesta en inmediato conocimiento de la Fiscalía.

2° Que, en este orden de ideas, si bien a través de la Ley N°20.361 de 13 de julio de 2009 se agregó al artículo 20 inciso 2° la remisión al artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, ello no significa que lo pedido por la Fiscalía Nacional Económica constituya un límite a la actuación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o fije el marco decisorio. En efecto, la historia de la Ley N°20.361 demuestra que tal inclusión tuvo lugar en el marco del segundo informe de la Comisión de Economía del Senado, donde se expuso: *"En discusión, el Honorable Senador señor Vásquez explicó que se trata de desechar in limine demandas que carecen de los fundamentos necesarios, de poder evitar denuncias temerarias. De acuerdo a las reglas generales del Código de Procedimiento Civil, el Tribunal debe admitir todas las demandas a tramitación y sólo está facultado para no dar curso de oficio a demandas en casos muy específicos, al no contener las menciones de los N°s 1 al 3 del artículo 254 de dicho cuerpo legal.*

El Honorable Senador señor Novoa hizo presente que, tratándose de una norma relativa al procedimiento, debiera



ubicarse antes de los incisos tercero y cuarto que tratan de la prescripción, por un orden temporal. En cuanto al fondo, le parece razonable que se permita discutir el mérito de los fundamentos en esta etapa.

El Jefe del Departamento Jurídico del Ministerio de Economía, don Eduardo Escalona, manifestó que lo planteado por la indicación N° 22, letra a), suscita gran interés en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. No obstante hizo presente las aprehensiones del Ejecutivo al respecto, puesto que si bien la finalidad es buena, puede en definitiva traducirse en una demora del procedimiento, extendiendo innecesariamente el juicio de admisibilidad hacia aspectos que el Tribunal puede resolver con antecedentes que sólo tendrá al momento de la sentencia definitiva; un verdadero debate de fondo al inicio del procedimiento.

Al respecto, el Honorable Senador señor Vásquez estimó que se pueden buscar los mecanismos que eviten ese efecto indeseado, como establecer que no se admite recurso alguno en contra de la resolución que se pronuncia sobre la admisibilidad, y contemplar un plazo prudente para que la parte pueda acompañar al Tribunal los antecedentes faltantes”.

Como se observa, lo buscado por el legislador no era que las peticiones concretas del requerimiento constituyeran una limitación a la actuación del Tribunal,



sino sólo el establecimiento de requisitos que permitieran realizar un examen de admisibilidad de manera previa a su tramitación.

3° Que lo anterior concuerda con la circunstancia que el artículo 3° del Decreto Ley N°211 contempla para el tribunal la posibilidad de imponer medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que se determinan caso a caso y, precisamente en el marco de esa atribución, es que viene resuelta la obligación de las requeridas de adoptar un plan de cumplimiento que se ajuste a los requerimientos que detalladamente se expresan en la sentencia recurrida.

4° Que, así las cosas, al momento de graduar la cuantía de la multa a imponer, los sentenciadores están limitados únicamente, por un lado, por el texto expreso del Decreto Ley N°211 aplicable a la fecha de consumación de los hechos y, por otro, por el principio de proporcionalidad que debe observarse en la imposición de toda sanción pecuniaria.

5° Que, en este orden de ideas, en concepto de estos disidentes y teniendo a la vista la finalidad sancionatoria y a la vez preventiva que debe cumplirse a través de la imposición de la multa, en los términos en que se expresan en el presente fallo, los montos que vienen impuestos, de 2.463 UTA para Laboratorio Fresenius Kabi Chile Limitada y de 30.000 UTA para Laboratorio Sanderson S.A., resultan proporcionales a la especial gravedad del ilícito, el



tiempo durante el cual éste se materializó y la particular sensibilidad tanto del producto como del mercado sobre el cual recaen. No es posible olvidar que la acción imputada afecta o se refiere a las acciones de salud, las que están directamente destinadas a proteger la vida de las personas.

Por estos motivos, quienes sostienen este voto particular fueron de parecer de rechazar los recursos y, en consecuencia, mantener los montos del castigo pecuniario impuesto.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Dahm y la prevención y disidencia, de sus autores.

Rol N° 278-2019.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Jorge Dahm O., Sr. Arturo Prado P. y Sra. Ángela Vivanco M., y el Ministro Suplente Sr. Juan Manuel Muñoz P. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, los Ministros señores Muñoz Gajardo y Dahm Oyarzún por estar ambos con feriado legal. Santiago, 27 de enero de 2020.





DXGMXEXHJN

Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Arturo Prado P., Angela Vivanco M. y Ministro Suplente Juan Manuel Muñoz P. Santiago, veintisiete de enero de dos mil veinte.

En Santiago, a veintisiete de enero de dos mil veinte, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

