

Santiago, dieciséis de octubre de dos mil veinte.

Vistos:

En estos antecedentes Rol Corte Suprema N° 16.986-2020, se trajeron los autos en relación para conocer de la reclamación presentada por Industrial y Comercial Baxter de Chile Limitada, en contra de la sentencia de ocho de enero de dos mil veinte, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), que acogió el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, declarando que tanto la recurrente, como Laboratorio Sanderson S.A. infringieron el artículo 3° letra a) del Decreto Ley N°211, al celebrar y ejecutar acuerdos con el objeto de afectar el resultado de dos procesos de licitación pública, condenando a cada una de ellas al pago de una multa de 200 Unidades Tributarias Anuales, como también a 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 al menos 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 adelante FNE) en contra de Industrial y Comercial Baxter de Chile Limitada (en adelante Baxter) y Laboratorio Sanderson S.A. (en adelante



Sanderson), por cuanto afirma que las requeridas celebraron y ejecutaron un acuerdo para afectar los resultados de dos licitaciones públicas:

1. ID 4309-190-LP12 convocada por el Hospital Guillermo Grant Benavente de Concepción, relativa a la adquisición de cloruro de sodio 0,9% inyectable, contenido en envases 100 ml, con el objeto de que se la adjudicara Sanderson, mediante la presentación de una oferta de cobertura o a través de la abstención de ofertar por parte de Baxter.

2. ID 621-163-LP12 convocada por Cenabast para la adquisición de suero fisiológico de 100 ml, con el objeto que se adjudicara Sanderson, mediante la abstención de Baxter de participar.

Explica que la investigación administrativa se inició por denuncias de la Contraloría General de la República y el Ministerio de Salud, este último quien dio cuenta de alzas de precios de proveedores en licitaciones convocadas por Cenabast.

En el presente caso, se trató de procesos licitatorios de gran magnitud y montos relevantes, de modo que la decisión de presentarse o no y el precio a ofertar, estaba en manos de los gerentes generales. En ambas oportunidades, las requeridas a través de sus gerentes, Christian Quiroga de Baxter y Mariano Ojeda de Sanderson, tomaron contacto



antes del cierre de la fase de presentación de ofertas y acordaron que en ambas, la adjudicataria sería esta última.

La Licitación ID 4309-190-LP12 (en adelante "Licitación N°1" o "Licitación Hospital") fue convocada por el Hospital Guillermo Grant Benavente de Concepción (HGGB), para la adquisición de Cloruro de Sodio 0,9% inyectable, contenido en envases colapsables de 100 ml. Este proceso se refirió a 16 líneas de sueros y la de 0,9% de 100 ml era la más importante, abarcando alrededor del 40% del monto adjudicado y siendo, además, la más relevante del año 2012 en términos de monto, para este producto.

Las ofertas de Baxter y Sanderson fueron subidas los días 30 y 31 de julio de 2012, respectivamente, la segunda a través de la empresa Socofar, con quien celebraría posteriormente un contrato de distribución. Sin embargo, el acuerdo no fue ejecutado por Baxter en la forma prevista por los gerentes generales, lo cual derivó en que se adjudicara la empresa Socofar, situación que se explica porque el gerente que celebró el acuerdo - Christian Quiroga - se encontraba de vacaciones y cuando retornó a sus funciones, la oferta ya se encontraba presentada. Todo aquello consta en conversaciones telefónicas que fueron interceptadas, en las cuales este funcionario reconoce haberse reunido con el gerente de Sanderson y haber conversado sobre los procesos licitatorios de suero,



expresando que había un acuerdo del cual "se salió" con la adjudicación.

A continuación, la Licitación ID 621-163-LP12 (en adelante "Licitación N°2" o "Licitación Cenabast") fue convocada por la Central Nacional de Abastecimiento para la adquisición de Cloruro de Sodio 0,9% de 100 ml en envase colapsable. Sanderson presentó su oferta el 20 de septiembre de 2012 y Baxter, conforme al acuerdo, no ofertó.

A pesar de lo anterior, existen comunicaciones entre Baxter y Socofar, como también análisis internos y evaluaciones desarrolladas por Baxter, que dan cuenta que su equipo de ventas pretendía presentar una oferta, pero una semana antes del cierre, cambió la situación. En efecto, el día 10 de septiembre de 2012 Nicole Valenzuela, supervisora de ventas de Baxter, envió a los ejecutivos de Socofar una planilla con los precios a ofertar por las licitaciones de sueros de Cenabast, donde se incluía este proceso, la cual fue contestada el día 12 del mismo mes y año, con una modificación del precio.

Sin embargo, el 13 de septiembre de 2012, Nicole Valenzuela envía a Socofar un correo electrónico con la señalada planilla, donde ahora aparece esta licitación con la mención "no nos presentaremos".

La FNE explica el cambio en el acuerdo alcanzado por los gerentes de las requeridas, por cuanto, entre los días



10 y 13 de septiembre de 2012, Mariano Ojeda y Christian Quiroga intercambiaron 7 mensajes de texto.

Finalmente, la licitación fue adjudicada a un tercero (la empresa B.Braun) que presentó una oferta por un monto menor y considerando, además, que Sanderson tenía un castigo de puntaje.

Con posterioridad, se interceptó un diálogo entre Christian Quiroga y Nicole Valenzuela donde se lamentan de ese resultado y agregan que ellos se habrían adjudicado de haberse presentado. En la conversación, el primero asegura que Mariano Ojeda le habría dicho que ofertaría un precio muy bajo y que después no pudo hacerlo, sin avisarle.

Establecida la conducta, explica la FNE que Cenabast concentra la demanda de los prestadores institucionales, quienes también pueden efectuar sus propias licitaciones, todas a través de Mercado Público. De este modo, el mercado relevante de producto para la Licitación N°1 es la provisión de Cloruro de Sodio en concentración de 0,9% contenido en envase flexible de volumen de 100 ml, en el marco de la Licitación ID 4309-190-LP12 convocada por el Hospital Guillermo Grant Benavente de Concepción; para la Licitación N°2, es la provisión de Cloruro de Sodio en concentración de 0,9% contenido en envase colapsable de volumen de 100 ml, en el marco de la licitación ID 621-163-LP12 convocada por Cenabast.



Añade que, cuando estamos frente a licitaciones públicas, no es viable encontrar sustitutos eficaces, porque el producto en cuestión queda determinado por las bases respectivas, que detallan el principio activo, concentración, volumen y envase, criterios que obedecen a la acción terapéutica, efectividad y seguridad del tratamiento.

El mercado geográfico, por otro lado, es todo el territorio nacional, porque a estas licitaciones pueden concurrir oferentes de todo el país.

Sobre la participación de mercado, asegura que las requeridas conjuntamente tienen de manera habitual más del 70% de las adjudicaciones del suero de 100 ml en licitaciones convocadas por el sector público. Como se indicó, ambas convocatorias reunieron importantes volúmenes para ser suministrados en el plazo de un año, lo cual podría dificultar la entrada de nuevos oferentes, atendido el volumen requerido y la distribución de los mismos. Añade que en el período 2009-2014, estas empresas han concentrado más del 70% del mercado y normalmente han sido las adjudicatarias de grandes volúmenes.

Todo lo anterior permite concluir que la imputada es una conducta grave, razón por la cual solicita que así se declare, se prohíba la ejecución de dichos actos en el futuro y la imposición de una multa de 200 Unidades



Tributarias Anuales para cada una de las requeridas, con costas.

A fojas 88 consta en autos la contestación de Sanderson.

A fojas 136 Baxter contesta el requerimiento, aseverando que la teoría de la FNE es vaga e implausible, por cuanto no precisa en qué consistieron los esquemas colusorios, cómo se habrían gestado, ejecutado o mantenido en el tiempo, cómo se identificó a los competidores, la forma de comunicación, el monitoreo del acuerdo, sanciones por desviación o forma de distribuir los beneficios. A su vez, carece de racionalidad económica, en tanto se dice que Baxter acordó que se adjudicara el competidor, en contra de los intereses propios.

En cuanto al acuerdo, la prueba se refiere exclusivamente a conversaciones telefónicas interceptadas entre empleados de Baxter, donde ningún funcionario de Sanderson estuvo involucrado y que, además, tuvieron lugar después de finalizados los procesos licitatorios.

Respecto de la Licitación N°1, contrario a aquello que indica la FNE, Baxter se preparó por largo tiempo para presentar su oferta, lo cual incluyó también negociar y cerrar el contrato de distribución con Socofar. En efecto, la empresa venía, a lo menos desde 2009, participando en las licitaciones del Hospital Guillermo Grant Benavente para la provisión de suero 0,9% en envase flexible de



100ml, siendo Sanderson la empresa adjudicada los años 2009 y 2011, por haber recibido un puntaje mayor en razón de la frecuencia de sus despachos. A ello se suma que en 2011 Cenabast cambió sus bases e incorporó la figura del operador logístico, asignando la responsabilidad de la entrega al proveedor. En razón de ello, dado que Baxter carecía de infraestructura para satisfacer esa exigencia, tuvo que celebrar el contrato con Socofar, que tenía bodegas en Concepción y, de este modo, satisfacer la demanda diaria del recinto hospitalario, lo cual la llevó a ofertar y adjudicarse el año 2012.

Asegura que la explicación del órgano administrativo para el incumplimiento del acuerdo es desmentida, por cuanto el gerente Christian Quiroga estaba en sus funciones cuando se realizó la oferta, la cual fue competitiva y, a la postre, resultó adjudicataria.

Respecto de la Licitación N°2, la razón por la cual Baxter no participó fue porque su producto no cumplía con el requisito de admisibilidad técnica de la oferta, consistente en que el período de eficacia debía ser mayor o igual a 12 meses contados desde la entrega y, en segundo lugar, no contaba con toda la documentación legal exigida como requisito técnico, específicamente el Certificado GMP legalizado, emitido por la autoridad sanitaria del país de fabricación, el cual no pudo obtener oportunamente.



En consecuencia, la afirmación de la FNE de que Baxter no participó en la Licitación N°2 buscando que se adjudicara Sanderson, carece de todo fundamento.

En cuanto a la definición del mercado relevante, en su concepto, es cada una de las licitaciones en cuestión; cada proceso licitatorio es un mercado relevante distinto, de modo que las cuotas de mercado calculadas por la FNE sobre la base de la participación histórica en las adjudicaciones, son irrelevantes. En este caso, el mercado no solo debe incorporar al adjudicatario sino también a las empresas que podrían suministrar el producto y podrían haber ganado la licitación, en tanto la competencia tiene lugar antes de que se determine el resultado y, en este sentido, debe incluirse a todos aquellos que tenían el registro sanitario que les habría permitido ofertar el producto.

A la luz de este análisis, el supuesto acuerdo no era apto para conferir a las requeridas poder de mercado, lo cual necesariamente debe llevar al rechazo del requerimiento.

En subsidio, alega que no tuvo beneficio económico, que la infracción se prolongó por un tiempo muy corto (72 días desde que se publicaron las bases en la Licitación N°1 y se cerraron las ofertas en la Licitación N°2), como tampoco se generaron pérdidas para los consumidores, su



irreprochable conducta anterior y colaboración en la investigación.

A fojas 212 y 220 el Consejo de Defensa del Estado se hace parte, en representación del Ministerio de Salud y de Cenabast, respectivamente, como tercero coadyuvante de la FNE.

Por sentencia de fojas 3332, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia razona que, a diferencia de lo esgrimido por las requeridas, la sola celebración de un acuerdo colusorio que tenga como objetivo afectar el resultado de una licitación es reprochable en esta sede y, por tanto, no se requiere la materialización de acciones concretas, mecanismos de monitoreo, sanciones o distribución de beneficios. En este contexto, el hecho que en la Licitación Hospital una de las requeridas no se hubiera comportado según lo convenido originalmente, tampoco se erige como eximente de responsabilidad.

Respecto del producto, aquel afectado es un tipo específico de suero fisiológico, el cual, se caracteriza por su principio activo, concentración (0,9%), volumen (100 ml) y el tipo de envase. En cuanto a este último, B. Braun comercializaba un envase semirrígido que, de conformidad a los antecedentes, fue consistentemente admitido como un envase flexible en las licitaciones convocadas tanto por Cenabast como por el HGGB, de modo que constituía un



sustituto, aun cuando se hace presente que dicho criterio cambió con posterioridad.

1. sobre la Licitación Hospital.

La cronología de este proceso es la siguiente:

a) 11 de julio de 2012: se publican las bases de la Licitación N°1 en el sitio web Mercado Público, contenidas en la Resolución N°003875 del Servicio de Salud de Concepción, de 29 de junio de 2012.

b) 30 de julio de 2012: Sanderson presenta su oferta.

c) 31 de julio de 2012: Socofar (en representación de Baxter) presenta oferta.

d) 31 de julio 2012: expira plazo para presentar ofertas, a las 16:00 horas.

e) 11 de septiembre de 2012: se publica la Resolución Exenta N°5451 del HGGB que adjudica Licitación Hospital a Socofar por el monto de \$60.864.600.

En cuanto a la prueba relacionada con este proceso, la interceptación telefónica N°00578 da cuenta de una conversación entre Christian Quiroga y Nicole Valenzuela, que tuvo lugar el 5 de octubre de 2012, esto es, alrededor de tres semanas después de la adjudicación. En esta comunicación, Christian Quiroga relató a Nicole Valenzuela que se reunió ese mismo día con Mariano Ojeda, gerente general de Sanderson, a quien se refiere indistintamente en la llamada como "amigo", "el de la vereda del frente", "Mariano" o "Marianito". En el diálogo Christian Quiroga



emplea la expresión "Marianito" y, a fojas 3157 del cuaderno principal, Baxter admitió que la frase "*ahí estuve un poco con Marianito hoy*", alude a un contacto entre los gerentes generales, con motivo de su participación en reuniones de Asilfa.

En otro extracto de la interceptación N°578, Christian Quiroga expone el contenido de las conversaciones que sostuvo con Mariano Ojeda en el marco de las licitaciones públicas relativas a sueros fisiológicos y, enseguida, expresa en dos oportunidades que "*ahí yo me salí del acuerdo*", añadiendo "*él venía por Banmédica ¿sabés como salió, no? Eyectado*", refiriéndose a Mariano Ojeda. Este mensaje y su contexto constituye evidencia respecto de la existencia de la colusión, toda vez que no existe una razón que explique que el gerente general de una empresa aluda a un acuerdo del que se habría salido, con motivo de una licitación pública, máxime si se refiere a lo que conversó con su homónimo de la empresa competidora.

Sobre el particular, prestó declaración Nicole Valenzuela, quien en una primera instancia se mostró muy segura que las referencias a Mariano Ojeda se referían a la relación B2B que existía entre las requeridas a esa época, en virtud de la cual Baxter vendía productos a Sanderson. Sin embargo, después indica que quienes llevaban la relación B2B eran ella y su jefe, por parte de Baxter, y Solange Meza, por Sanderson.



No existe evidencia aportada al proceso que permita concluir que, a la fecha de esta interceptación, el gerente Christian Quiroga hubiera efectuado algún requerimiento al equipo de Baxter respecto de la relación B2B. Es más, los antecedentes permiten establecer que los gerentes generales de las requeridas no participaban de estas negociaciones, razón por la cual se concluye que él no intervino como tampoco conoció la oferta presentada por Baxter, a través de Socofar, de modo que resulta irrelevante dilucidar si se encontraba o no haciendo uso de su feriado legal en ese momento. En efecto, no fue destinatario directo como tampoco indirecto de ninguna de las comunicaciones de su equipo de ventas, relativas a la planificación de la oferta en dicha licitación, enterándose sólo después de la fase de cierre de la Licitación Hospital.

Respecto de la fijación del precio, existe suficiente evidencia en el proceso de que al menos en la Licitación Hospital, quien definió los precios ofertados fue Baxter y no Socofar. Así se desprende del correo electrónico "55. *Precios licitaciones Hospital Guillermo Grant*" y el documento "56. *LICITACIONES HOSPITAL GG*", ambos instrumentos que dan cuenta que el 30 de julio de 2012 el equipo de ventas de Baxter se comunicó por primera vez con Socofar, con motivo de la Licitación Hospital. En concreto, Nicole Valenzuela remitió un correo a Eduardo Salvatierra y Benjamín Kalm, ambos de Socofar, con una planilla Excel



donde indicaban los precios a ofertar, archivo que, de acuerdo a sus propiedades, fue creado por Nicole Valenzuela e indica un precio de \$281 para el suero fisiológico 100 ml en envase flexible.

A mayor abundamiento y a nivel contextual, llama la atención que en la interceptación telefónica, Christian Quiroga indique que Mariano Ojeda "*quería que le entregara algo de Banmédica*", lo cual da cuenta que ambos funcionarios compartían información sobre las licitaciones en que participaban.

Respecto del precio de Sanderson, éste se puede apreciar en un archivo Excel que contiene el precio de \$290, siendo precisamente Mariano Ojeda la última persona en modificarlo el 24 de julio del 2012, esto es, una semana antes del cierre de la Licitación Hospital y cinco días después del contacto telefónico que materializó con Christian Quiroga. En concreto, el Registro Telefónico da cuenta que el 19 de julio de 2012 los mencionados gerentes generales se contactaron mediante mensajes de texto en siete oportunidades, en un período menor a una hora.

Por su parte, las requeridas han justificado la existencia de estas comunicaciones entre sus gerentes en los siguientes hechos: (i) la compra de Baxa Corporation por parte de Baxter; (ii) roturas de stock de sueros y las compras de productos oncológicos de parte de Sanderson a



Baxter; y (iii) la participación de ambas requeridas en la Asociación Gremial que las reúne, Asilfa.

En cuanto a la primera de estas justificaciones, de conformidad con el contenido del correo electrónico rolante a fojas 2075, existe evidencia en el proceso que demuestra que fue recién a partir del 19 de octubre de 2012 que Baxter comenzó a evaluar la posibilidad de iniciar un acercamiento con Fresenius Kabi, en orden a poner término al contrato que ligaba a esta última con Baxa. Por consiguiente, se deduce que las conversaciones entre los gerentes de las requeridas relativas a la compra de la entidad por parte de Baxter, de existir, sólo pudieron tener lugar, al menos, a fines del mes de octubre de 2012.

Respecto de los quiebres de stock, eran las funcionarias Solange Meza de Sanderson y Nicole Valenzuela de Baxter, las responsables de las negociaciones relativas a la relación B2B. Lo anterior es confirmado, además, por las declaraciones prestadas por ambas ejecutivas en estrados y las absoluciones de posiciones de los actuales gerentes de las requeridas. Adicionalmente, Baxter cobraba a Sanderson el precio de lista de los medicamentos y productos que le eran solicitados, de modo que no es posible concluir que la intervención de los gerentes generales era relevante para la negociación del precio, debiendo descartarse esta alegación.



Finalmente, en aquello que concierne a Asilfa, la activa participación de Christian Quiroga y Mariano Ojeda no constituye, por sí misma, justificación suficiente para la existencia de numerosas llamadas y mensajes de texto intercambiados entre ellos durante el período de preparación de ofertas para las licitaciones de productos en las que ambas compañías competirían. A mayor abundamiento, tal como quedó establecido en la Sentencia N°165/2018 del mismo Tribunal, Mariano Ojeda utilizó la plataforma de Asilfa para compartir información comercialmente sensible con el laboratorio Biosano, la cual formó parte de los acuerdos colusorios que fueron sancionados en esa decisión.

Por tanto, no existen antecedentes que logren desvirtuar la prueba que acredita la existencia de un acuerdo colusorio entre las requeridas.

En relación al poder de mercado, el hecho que el acuerdo imputado se celebre en el marco de un proceso de licitación pública, que se desarrolla durante un período de tiempo acotado - alrededor de 20 días desde la publicación de las bases de licitación hasta el plazo para presentar ofertas - implica que, con independencia de la existencia de barreras a la entrada, no es posible que ingresen nuevos competidores oportunamente para impedir los efectos negativos para la libre competencia. En concreto, la sentencia incluye un cuadro que da cuenta que las



requeridas se adjudicaron casi la totalidad del monto licitado por el sector público entre julio de 2009 y junio de 2012, concentrando un 90% de las ventas de dicho período. A su vez, es posible apreciar que la única empresa que tuvo una participación mayor a 3% en alguno de los períodos previos a las licitaciones requeridas fue B. Braun. Por otro lado, muchas de las empresas que contaban con registro del Instituto de Salud Pública, que las habilitaba para vender el producto requerido, actuaban como revendedoras de los sueros producidos o importados por Baxter, Sanderson y B. Braun, como tampoco presentaron ofertas de este producto entre julio 2009 y junio 2012.

En las licitaciones analizadas por el Tribunal, los actores relevantes siempre fueron Baxter, Sanderson y B. Braun, pero los precios ofertados por esta última, en la mayoría de los casos, fueron muy superiores, de modo que no tenía la capacidad de disciplinar el actuar de las requeridas, puesto que aun cuando hubiera presentado su mejor oferta, no se habría adjudicado.

Por tanto, el acuerdo colusorio celebrado entre los gerentes generales de las requeridas tenía la capacidad de conferirles poder de mercado y con ello afectar la libre competencia en los términos del artículo 3° letra a) del Decreto Ley N°211.

2. sobre la Licitación Cenabast

La cronología es la siguiente:



a) 31 de agosto de 2012: se publica el llamado a la Licitación Cenabast junto con sus respectivas bases, en el portal web de Mercado Público, aprobadas mediante Resolución Afecta de Cenabast N°156 de 24 de abril de 2012.

b) Sanderson presentó su oferta el 20 de septiembre de 2012

c) El plazo para presentar ofertas expiró el día 21 de septiembre de 2012 a las 17:30 horas

d) La Resolución Afecta Cenabast N°432, de 5 de diciembre de 2012, adjudica la Licitación Cenabast a B. Braun por el monto bruto de \$477.048.688.

Consta en el expediente que el 11 de octubre de 2012 Socofar informó a Nicole Valenzuela, a través de un correo electrónico, el detalle de las adjudicaciones realizadas por Cenabast en las distintas licitaciones a las que había convocado, entre las cuales se encuentra la licitación en estudio. Dicho correo electrónico fue reenviado por ella a Christian Quiroga a las 1:31 am el día 12 de octubre de 2012; ese se mismo día y a raíz del mencionado correo electrónico, tiene lugar una conversación entre ambos, que forma parte de las interceptaciones telefónicas aportadas por la FNE, cuya transcripción rola a fojas 1203 y siguientes del cuaderno principal y que es reproducida en la sentencia.

De dicha conversación se deduce que ambos gerentes discutieron sus posturas y que Baxter había considerado



presentarse a la licitación con un precio de \$270. Ello se ve refrendado con el mérito de una segunda conversación de Nicole Valenzuela, donde se queja porque, a su juicio, Mariano Ojeda debió haber informado a Christian Quiroga del cambio en la postura de Sanderson. Por su parte, el registro telefónico que contiene los mensajes de texto y las conversaciones intercambiadas entre los gerentes generales de las requeridas, da cuenta que durante el período que se extiende desde la apertura de la Licitación Cenabast, el 31 de agosto de 2012, hasta la expiración del plazo para presentar ofertas el 21 de septiembre del mismo año, se contactaron en 23 oportunidades. Más aun, tales contactos entre Christian Quiroga y Mariano Ojeda tuvieron lugar hasta el 14 de septiembre de 2012, fecha límite en que Baxter tomó la decisión de no participar de la licitación en cuestión.

Con lo anterior, se tiene por acreditada la conducta imputada, en tanto es posible descartar las explicaciones alternativas para estas comunicaciones, en los mismos términos anteriores.

A dichas explicaciones alternativas se añade por parte de Baxter, en primer lugar, que no cumplía con el período de eficacia mínimo del producto exigido en las bases de la Licitación Cenabast, de 12 meses contados desde la entrega. Sobre el particular, consta en autos que, desde mediados del año 2011, Baxter Chile comenzó un proceso paulatino de



cambio en su abastecimiento para los productos intravenosos o IV, desde la planta ubicada en Colombia hacia aquella emplazada en México. El 3 de septiembre de 2012, Nicole Valenzuela envía un correo indicando: "*Luis recuerda que acá no ofertamos por expira de nuestro producto (menor a 12 meses)*". Luego, Christian Quiroga respondió ese correo, preguntando "*Trayendo desde México también tenemos expira de 12 meses??*". Obra en los antecedentes, además, el mensaje que envió el 7 de septiembre de 2012 Juan Duque, ejecutivo de Baxter Internacional, informando que el cambio para Chile hacia la planta de México no debía ser considerado para los abastecimientos del año 2013. Posteriormente, Christian Quiroga remitió un correo el 13 de septiembre, entregando el visto bueno para el envío de una carta a los clientes, informando del cambio de abastecimiento desde la planta en Colombia a la planta situada en México. En concreto, señaló: "*Avancen con la notificación a clientes. Ya han llegado los dos primeros embarques y estaremos entregando desde Octubre/Noviembre (...)*". Esto revela que, al 13 de septiembre de 2012, Baxter preveía contar con disponibilidad de suero fisiológico flexible desde México para el abastecimiento de sus clientes.

En consecuencia, las dudas en torno a contar con el producto de suero flexible con la fecha de vigencia exigida



por las bases de la Licitación Cenabast no fueron tales en las fechas relevantes.

La segunda hipótesis alternativa radicaba en la falta de los antecedentes legales necesarios para presentar la oferta, concretamente, el certificado GMP, el cual no constituye un requisito de admisibilidad de la Licitación sino que un elemento más en el polinomio de evaluación de las ofertas. Además, Baxter tenía dichos certificados de GMP y, de hecho, Socofar los acompañó en otros procesos licitatorios convocados por Cenabast en 2012.

Respecto de Sanderson, aun cuando se diera por acreditado que Mariano Ojeda no pudo presentar una oferta al precio que él deseaba, se acompañó en autos la planilla denominada "*134. Cotización Cenabast final*", modificada por última vez por el mismo gerente el 20 de septiembre de 2012, un día antes del cierre de la fase de ofertas de la Licitación Cenabast, donde Sanderson preveía que podía resultar adjudicatario de la Licitación Cenabast y propone una estrategia en caso de perderla ante B. Braun. Por tanto, es posible inferir que Christian Quiroga, en representación de Baxter comunicó a Mariano Ojeda que su empresa no participaría en la Licitación Cenabast, acordando que ésta última sería asignada a Sanderson.

En relación al poder de mercado en esta segunda licitación, se analiza en los mismos términos anteriores, para concluir que las requeridas no estimaban a B. Braun



como un competidor creíble y, en ausencia del acuerdo colusorio, Baxter se habría adjudicado porque tenía un precio menor, mientras que era muy improbable que se adjudicara Sanderson.

En consecuencia, resultó probado tanto el acuerdo como la circunstancia que, al momento de celebrarlo, las requeridas no enfrentaban una presión competitiva eficaz y, por consiguiente, éste resultó idóneo para afectar el resultado de las licitaciones en estudio, confiriéndoles poder de mercado, de conformidad con el ya citado artículo 3° letra a) del Decreto Ley N°211, norma infringida en la forma indicada por la FNE en su requerimiento.

En aquello que concierne a las medidas a imponer, la primera de ellas es una multa a beneficio fiscal, para cuyo monto corresponde considerar, conforme al artículo 26 del Decreto Ley N°211, entre otros factores, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente de uno de los infractores y la colaboración ante la FNE.

En este caso, las requeridas no obtuvieron un beneficio económico con motivo de la infracción, puesto que en ambas licitaciones hubo circunstancias especiales que impidieron la concreción de los acuerdos. A pesar de ello, la FNE solicitó una multa de 200 UTA para cada una, atendida la gravedad de la conducta y el efecto disuasivo,



criterio que el TDLC comparte, en atención al monto total adjudicado en ambas licitaciones, que ascendió a 972 UTA.

Por su parte, no concurre ninguna circunstancia que justifique la modificación de la cuantía solicitada por la FNE. En particular, la colaboración que las requeridas dicen haber prestado no ha ido más allá de su deber legal de cumplir con las cargas públicas que impone la ley, todo lo cual lleva a imponer el castigo pecuniario en los términos solicitados por la FNE.

Por último, en virtud de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 3° del Decreto Ley N°211 se impondrá como medida, en forma adicional a la multa impuesta, la 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" (material de promoción N°3) elaborada por la Fiscalía Nacional Económica, de junio de 2012. Dicho programa tendrá una duración de cinco años y deberá contemplar, como mínimo, las siguientes acciones:

a) Dentro de 30 días hábiles contados desde que la sentencia se encuentre ejecutoriada, el directorio de cada requerida deberá constituir un Comité de Cumplimiento integrado a lo menos por un director independiente, en los términos del artículo 50 bis de la Ley N°18.046 de Sociedades Anónimas. Este Comité deberá estar establecido en los estatutos sociales y se encargará de proponer al



directorio el nombramiento y remoción del Oficial de Cumplimiento señalado en la letra b) de este considerando, así como de velar por el buen cumplimiento de sus deberes;

b) Nombrar, dentro de 30 días hábiles contados desde la constitución del Comité a que alude la letra anterior, a un Oficial de Cumplimiento encargado de velar especialmente por el respeto de las normas de defensa de la libre competencia al interior de cada compañía. El Oficial de Cumplimiento será designado y removido conforme a lo dispuesto en la letra anterior, y deberá desempeñarse a tiempo completo en tal cargo y reportar sus acciones directamente al Directorio de la respectiva empresa. El nombramiento del Oficial de Cumplimiento podrá recaer en un trabajador de las compañías, y deberá en todo caso ser informado a la Fiscalía Nacional Económica, la que deberá otorgar su aprobación de forma previa a que el Oficial comience a prestar sus funciones;

c) Entregar, dentro de noventa días hábiles contados desde que esta sentencia se encuentre ejecutoriada, una copia de ella a los directores, gerentes, subgerentes y, en general, a los ejecutivos o empleados con alta responsabilidad ejecutiva, de administración y de toma de decisiones en materia comercial (ventas, definición de políticas de precios, formulación de cotizaciones en procesos de licitación o cotización u otra equivalente). La misma obligación regirá respecto de toda persona



involucrada en la colusión sancionada en esta sentencia que aún desempeñe funciones en la respectiva compañía. En el evento que una persona asuma uno de esos cargos con posterioridad al transcurso de ese plazo se le deberá entregar una copia de esta sentencia junto con la suscripción del contrato respectivo o de la aceptación del cargo, según fuere el caso;

d) Obtener, de parte de las personas señaladas en la letra c) precedente, una declaración jurada en la que se indique que han leído y entendido este fallo, y que no se encuentran en conocimiento de ninguna violación a las leyes que protegen la libre competencia en la empresa. Dicha declaración deberá efectuarse, por primera vez, dentro del plazo de noventa días hábiles contados desde que esta sentencia quede ejecutoriada. Luego deberá efectuarse anualmente, durante los cinco años siguientes a la fecha en que esta sentencia quede ejecutoriada;

e) Proveer anualmente una capacitación comprensiva en materia de libre competencia. Dicha capacitación deberá otorgarse a: (i) las personas señaladas en la letra c) precedente y (ii) toda otra que el Oficial de Cumplimiento estime pertinente. El entrenamiento deberá ser efectuado por un abogado o economista externo y experto en libre competencia. La capacitación deberá incluir siempre un relato del contenido de esta sentencia. Esta medida tendrá



una duración obligatoria de cinco años contados desde que esta sentencia quede ejecutoriada;

f) Llevar a cabo al menos dos auditorías de libre competencia durante el período de cinco años contado desde que esta sentencia se encuentre ejecutoriada. Las auditorías deberán comprender, como mínimo, una revisión de: (i) las casillas de correo electrónico corporativos y los registros de llamados a través de teléfonos corporativos de las personas señaladas en la letra c) precedente; (ii) los incentivos establecidos en los contratos de trabajos; (iii) la participación de la compañía en procesos de licitación o cotización; (iv) la participación de la compañía en asociaciones gremiales; y, (v) la política interna de libre competencia de la compañía;

g) Mantener una línea de denuncia anónima que permita a cualquier empleado revelar directamente ante el Oficial de Cumplimiento eventuales infracciones a las normas de defensa de la libre competencia; y,

h) Proveer anualmente un reporte escrito a la Fiscalía Nacional Económica que dé cuenta de la ejecución del programa de cumplimiento. Dicho reporte deberá ser enviado durante los cinco años siguientes a la fecha en que quede firme la sentencia.

A fojas 3438 Sanderson deduce recurso de reclamación, del que posteriormente se desiste.



A fojas 3490 rola el recurso de reclamación de Baxter, quien solicita que se revoque la sentencia y, en su lugar, se rechace el requerimiento en todas sus partes, dejando sin efecto las multas impuestas y la obligación de implementar un Programa de Cumplimiento. En subsidio, se modifique esta última obligación, eliminando el requisito de contar con un Comité de Cumplimiento compuesto por a lo menos un director independiente, y que el Oficial de Cumplimiento lo sea a tiempo completo, además de no condenarla en costas.

Se refiere, en primer lugar, al detalle de las licitaciones cuestionadas, a la explicación del vínculo B2B, el contexto de las reuniones de Asilfa y el desarrollo de la adquisición de la empresa Baxa, para luego reprochar que el fallo no satisface el estándar probatorio o de valoración de la prueba exigido en sede de libre competencia, el cual es la existencia de prueba clara y concluyente, por cuanto no existe elemento alguno que pueda ser considerado como prueba directa que cumpla con ser inequívoca en relación a los acuerdos imputados, como tampoco se incorporó prueba indirecta o circunstancial.

En este sentido, la sentencia construye una presunción de ilicitud sobre la base de los contactos entre los gerentes de las compañías, para establecer un indicio de acuerdo e imponer a las requeridas la carga de acreditar explicaciones alternativas. En cuanto a este último punto,



se le requirió un estándar de certeza absoluta para su prueba, omitiendo elementos atinentes y relevantes, para analizar dichas defensas de manera individual y no de forma conjunta, como se hizo para efectos de tener por asentados los acuerdos.

Asevera que la decisión utiliza el mínimo de elementos para rechazar las defensas, incluso con prueba en contrario y acudiendo a elementos ajenos al proceso, como es el tenor de una sentencia distinta.

A continuación, se infringe el principio de congruencia y el derecho a defensa, por cuanto el sustento fáctico de los hechos imputados en el requerimiento cita una interceptación telefónica que alude a la expresión "*ID minibag*", en circunstancias que se dio por establecido que la expresión correcta era "*IV minibag*", lo cual centra la conversación en toda la línea de productos y no solamente en los formatos cuestionados, además de contextualizarla dentro del vínculo B2B que mantenían las partes, permitiendo así descartar un acuerdo entre las requeridas en relación a las licitaciones públicas. De este punto la sentencia no se hace cargo.

Añade que el Tribunal omite pronunciarse sobre el objeto del acuerdo en la Licitación Hospital. En efecto, el requerimiento establece modalidades específicas del objeto, esto es, una oferta de cobertura o la abstención de presentar una oferta, punto sobre el cual el fallo tampoco



se pronuncia, a pesar de tratarse de un elemento esencial, limitándose a señalar que se buscaba "afectar" o "incidir" los resultados de la licitación. Expresa que la modalidad del acuerdo es un elemento esencial y debía probarse, lo cual no ha ocurrido y correspondía, por tanto, rechazar las alegaciones de la FNE por no haber sido probadas.

Por otro lado, la sentencia realiza menciones y se genera convicción a partir de otras licitaciones que no forman parte del requerimiento, haciendo referencias a la licitación de Banmédica como prueba indiciaria, a pesar que no existe ninguna contextualización sobre ella y se trata de una conducta que no fue objeto de reproche.

Alega una inconsistencia entre la conducta imputada por el requerimiento y la sentencia del TDLC, por cuanto el primero le imputa una infracción al inciso primero y a la letra a) del artículo 3°, mientras que sólo para la letra a) resultan procedentes las facultades intrusivas en el marco de las cuales se reunió la prueba que se utiliza para la condena. Ello resulta vulnerador del principio de congruencia y del derecho a la defensa.

A continuación, asegura que se omitió prueba relevante y, además, se aprecian en el fallo errores y contradicciones internas, por cuanto las conversaciones aludidas no son suficientes para establecer la conducta. Explica que en la conversación de 5 de octubre de 2012 se menciona expresamente el tema de oncología e IV Minibag,



esto es, categorías de productos oncológicos y sueros, objeto del vínculo B2B entre las requeridas, sin que se pueda descartar que la conversación se refiera a esa relación, considerando que en el período revisado existen compras efectuadas en ese contexto y hay evidencia de que ambos gerentes se involucraban en esa relación. Añade que cuando la comunicación dice "*le soplamos el Guillermo Grant*", se refiere solamente a haber ganado una licitación con productos Baxter, sin antecedente alguno de una supuesta rivalidad; por otro lado, la referencia a Banmédica no puede entenderse hecha a una licitación pública o a un intercambio de información sensible, puesto que precisamente se dice que se hizo una oferta agresiva y competitiva.

Asegura que no resultaba razonable un acuerdo con Sanderson, existiendo paralelamente la relación con Socofar, en que Baxter no manejaba directamente la variable de los precios. Ello es descartado por la sentencia, que asume que Socofar actuaba en representación de Baxter, a pesar de tratarse de una empresa independiente, que distribuyó productos por cuenta y riesgo propio, formuló las ofertas, presentó las garantías y asumió las sanciones por incumplimientos. Así lo declaró su gerente y hay correos donde consta que Socofar ponía el precio.

Expresa que el TDLC presume la ilicitud de los contactos entre los gerentes, en circunstancias que



Cristian Quiroga estaba a cargo de todos los temas de Cenabast para Asilfa y, por eso, durante abril los gerentes intercambiaron mensajes, sin que ese solo hecho pueda considerarse anticompetitivo.

Respecto de la licitación Cenabast, reitera que Baxter no estaba en condiciones de poder ofertar por la vigencia de sus sueros. La situación usual de Baxter era contar con el producto desde Colombia y no México como señala la sentencia y, en efecto, las planillas incorporadas en autos contienen códigos de productos de Colombia, puesto que la posibilidad de contar con el producto de México era una mera expectativa, lo cual se acredita con un correo de 7 de septiembre de 2012 donde se definió que el proveedor de Chile debía ser Colombia. Christian Quiroga estaba enterado de esto y sabía que el stock de México era limitado en volumen, que sólo tenían hasta marzo 2013 y ya estaba comprometido en pedidos ya efectuados; por lo demás, los productos importados de México eran 1.141.272 unidades y no alcanzaba para cubrir la licitación Cenabast de 1.457.795 unidades.

En consecuencia, Baxter no era un potencial competidor en la licitación Cenabast y no podría haber tenido un acuerdo con Sanderson.

En cuanto al poder de mercado, hay una confusión del Tribunal, al entender que éste se puede obtener a partir de que B. Braun no estaba en condiciones de presentar una



oferta que pudiese ser adjudicada en la Licitación Hospital y que, en la licitación Cenabast, las requeridas siempre proyectaron que Sanderson presentaría una oferta mediante la cual resultara adjudicataria. El Tribunal tampoco analiza la existencia de un sobreprecio en las licitaciones obtenible a partir de los supuestos acuerdos, sólo se centra en determinar si es que las requeridas se habrían representado la posibilidad de que los acuerdos hubieran tenido los efectos deseados, sin un análisis efectivo del poder en un mercado, donde ya se ha resuelto que es Cenabast quien tiene la posición dominante.

En aquello que concierne al programa de cumplimiento impuesto, éste es desproporcionado dada la estructura de Baxter, por cuanto su filial en Chile es una sociedad de responsabilidad limitada y, en consecuencia, no tiene directores, lo cual le impide constituir Comité de Cumplimiento compuesto por un director independiente establecido en los estatutos. Por otro lado, el requerimiento de un Oficial de Cumplimiento a tiempo completo es excesivo, dado el tamaño de la empresa, puesto que podría tratarse de un trabajador que dedicara tiempo a esa labor.

Añade que Baxter ya tiene un programa de cumplimiento acompañado en autos, que contempla canales de denuncia anónima y tratamiento de datos sensibles.



Por todas estas razones, pide que se rechace el requerimiento y se revoquen tanto la condena de multa como la imposición del programa de cumplimiento, además de la condena en costas, imponiendo dicha carga procesal a la FNE. En subsidio se revoque la imposición contenida en las letras a) y b) motivo 225 del fallo impugnado y se la absuelva de las costas.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que, a efectos de iniciar el análisis del único arbitrio impugnatorio subsistente, resulta pertinente destacar que, como lo ha señalado esta Corte en otras oportunidades, el derecho de la competencia tiene como objetivo primordial neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos. Así, la legislación de la libre competencia, en particular el Decreto Ley N°211, se erige como una norma perteneciente al orden público económico que, por una parte, vela porque la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sea respetado, tanto por los particulares como por el Estado y, además, desde otra perspectiva, limita el ejercicio de tal derecho, puesto que el atentado contra la libertad puede provenir no sólo del Estado sino también de particulares que, esgrimiendo su propia libertad, pretenden alcanzar y ejercer poder en el mercado, violentando el derecho de los otros actores del



mismo ámbito económico en que se desenvuelven, como también afectando los intereses de los consumidores, circunstancia que, en último término, se traduce en la afectación del bienestar de la generalidad de los miembros de la sociedad.

La libre competencia comprende principalmente los derechos y libertades de los productores de bienes y servicios, pero sin desconocer el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado de conservar un mercado altamente competitivo. Sobre el particular, se ha dicho: *"la finalidad de la legislación antimonopolios, contenida en el cuerpo legal citado, no es sólo la de resguardar el interés de los consumidores sino más bien la de salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica, sean ellos productores, comerciantes o consumidores, con el fin último de beneficiar a la colectividad toda, dentro de la cual, por cierto, tienen los consumidores importante papel. En otras palabras, el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad de que se produzcan más y mejores bienes y se presten más y mejores servicios a precios más convenientes, lo que se consigue asegurando la libertad de todos los agentes económicos que participen en el mercado"*. (Resolución N°368, considerando 2°, Comisión Resolutiva, citada por Domingo Valdés Prieto, Libre Competencia y Monopolio, Editorial Jurídica de Chile, página 190).



De este modo, la protección institucional de la libre competencia sobrepasa el mero resguardo de intereses individuales, pretende mantener el orden económico en el mercado, reprimiendo los abusos o el mal uso de las libertades por cualquier agente económico que participa en él, toda vez que no es posible que aquél, en el ejercicio del derecho de la libre iniciativa económica, afecte la libre competencia que le permite actuar.

Esta doble vía, que considera la libertad y el abuso, permite explicar la limitación que impone la institucionalidad en orden a no desarrollar acciones que restrinjan de manera antijurídica la competencia, la cual corresponde proteger *"no sólo cuando es lesionada, sino que también cuando es puesta en peligro"* (Valdés, obra citada, página 187).

Segundo: Que el sistema jurídico que rige entre nosotros se relaciona con los aspectos orgánicos y substanciales destinados a resguardar el mercado y propender a la sana competencia entre quienes desarrollan actividades económicas, permitiendo de esta forma que se conjuguen diferentes leyes del mercado, entre ellas la libre iniciativa en materia económica y que el precio de los bienes y servicios queda fijado por la ley de la oferta y la demanda, con lo cual la sociedad pueda obtener equilibrio entre la mejor calidad y los menores precios posibles de los bienes y servicios transables



comercialmente, con la justa ganancia de los actores del mercado.

Tercero: Que asentados los conceptos vertidos precedentemente, el artículo 3° del Decreto Ley N°211, en su versión modificada por la Ley N°20.361 de 2009, aplicable a estos hechos dispone, en lo pertinente: *"El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.*

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación".



Cuarto: Que esta Corte ya ha razonado con anterioridad en torno al ilícito regulado en el artículo 3° letra a) del Decreto Ley N°211, en lo relativo al acuerdo colusivo que, en este caso, se atribuye para efectos de 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/ya 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 al contenido de la disposición reproducida más arriba, 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, tal como acertadamente se resolvió por el TDLC, 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 alteren la libre competencia. En consecuencia, 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 solo 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.

En otras palabras, la materialización del acuerdo no es un presupuesto necesario para la sanción de la conducta y así ya lo ha resuelto esta Corte al fallar: *“la sola circunstancia de haberse adoptado el pacto anticompetitivo, permite sancionarlo, con independencia que, por razones de desconfianza mutua, los partícipes se hayan alejado de lo acordado. Es así como, al contrario de lo señalado por la requerida Dynal, los acuerdos colusorios, son sancionables aún en su grado de tentativa, pues como se ha señalado, basta para configurar el sancionado en el artículo 3 letra a) del Decreto Ley N° 211 el ejecutar actos que tiendan a producir como efecto el impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, sin que sea necesario que hayan producido efectivamente dicho resultado para que exista la colusión que la ley sanciona”* (CS Rol N°5128-2016).

Quinto: Que, en este contexto, desde ya es posible señalar que no se observa en el fallo la inconsistencia que reprocha Baxter, en orden a que se acogió un requerimiento



que, a su vez, le imputa las conductas contenidas en el artículo 3° inciso primero y segundo letra a) del Decreto Ley N°211 lo cual, en su concepto, resultaría una contradicción; puesto que lo cierto es que, conforme se indica en el motivo 218° de la decisión, aquella conducta que se dio por acreditada y que constituyó la infracción por la cual se le sanciona, es la contenida en la letra a) del artículo 3° del Decreto Ley N°211 que, conforme al enunciado del propio precepto, no es sino una manifestación de la conducta contenida en el inciso primero.

Sexto: Que, aclarado lo anterior y establecidos cuáles son los elementos básicos para que se configure el ilícito de colusión, útil resulta establecer ciertos lineamientos en relación al mercado relevante donde tienen influencia las prácticas imputadas, cuya determinación exige tener a la vista aspectos como la naturaleza del negocio de que se trata, la porción geográfica comprometida y otros más específicos, razón por la cual su determinación se realiza caso a caso.

Sobre su conceptualización, 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). En la definición de un mercado relevante tiene, además, 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.

Séptimo: Que, sin embargo, tales apreciaciones generales resultan insuficientes en la especie, en tanto se trata de ilícitos que habrían tenido lugar en el marco de licitaciones públicas de medicamentos, circunstancia que entrega ciertos elementos especiales a examinar de manera previa a entrar al fondo del asunto.

En efecto, la conducta imputada dice relación con acuerdos para afectar el resultado de procesos de licitación pública de medicamentos - uno convocado por Cenabast y otro directamente por un hospital - para la adquisición de suero fisiológico, producto singularizado en las bases respectivas de acuerdo a su principio activo, concentración, volumen y tipo de envase.

Octavo: Que resulta útil destacar 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 de Ley 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 sus 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.

Noveno: Que las consideraciones anteriores pueden también extrapolarse a la situación del Hospital Guillermo Grant Benavente de Concepción, quien llamó a la licitación respectiva en virtud de lo dispuesto en el Capítulo VIII del Reglamento de la Ley N°19.886; las facultades que al Servicio de Salud Concepción confiere el Decreto Supremo N°140 del año 2004, del Ministerio de Salud para el abastecimiento de la Red Asistencial y la delegación de facultades del Director del Servicio de Salud al Director del Hospital, que consta en la Resolución Exenta N°543 de 1981, todos instrumentos que son citados en la Resolución Exenta N°003875 de 29 de junio de 2012 que Aprueba las Bases Administrativas, de cuyo tenor fluye que se buscaba el abastecimiento de sueros a los pacientes del hospital, para la anualidad 2012-2013.

Décimo: Que, aclarado el punto anterior, esta Corte concuerda con la definición de mercado relevante de



producto realizada por la FNE en su requerimiento, toda vez que cada licitación está definida por un producto en particular, con un principio activo, concentración, volumen y tipo de envase específico, respecto del cual no es posible encontrar sustitutos, salvo en aquello que respecta al envase y siempre que las bases respectivas lo permitan.

No existió controversia sobre el mercado geográfico, que se extiende por todo el territorio nacional.

Undécimo: 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).

Sin embargo, también es pertinente considerar la dificultad probatoria para este tipo de conductas, la cual ha sido abordada acertadamente por la doctrina, al señalar: *“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).

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.

Duodécimo: Que, arribados a este punto, para efectos de determinar la concurrencia de los presupuestos legales del ilícito colusorio, es necesario el examen de la prueba aportada en autos, cuyo análisis no necesariamente gira en torno a su cantidad, sino a su preponderancia y aptitud de convicción en relación a la conducta imputada.

Décimo tercero: Que, en el presente caso, la prueba con que se cuenta no es de carácter directo, sino solamente indirecto, esto es, interceptaciones telefónicas de conversaciones entre terceros, registros telefónicos, correos electrónicos y documentos, de modo que es su análisis global y comparativo aquello que permite arribar a la conclusión sobre la existencia de un acuerdo entre las partes, destinado a influir sobre los resultados de las dos licitaciones objeto de estos antecedentes.

Décimo cuarto: Que, respecto de las interceptaciones telefónicas, se refieren a conversaciones sostenidas por Nicole Valenzuela, supervisora de ventas de Baxter, con otros funcionarios de la misma entidad y que aluden al intercambio de información que la empresa, a través de su gerente Christian Quiroga, realizaba con Sanderson, sobre las ofertas que cada uno realizaría en determinadas licitaciones.



En efecto, la interceptación telefónica N°578 de 5 de octubre de 2012, además de aquellos pasajes reproducidos por el fallo impugnado, relacionados con la referencia que Christian Quiroga hace a *"el amigo ahí, de la vereda del frente"*, para luego reconocer que ese amigo era *"Mariano"*, con quien se comunicó y quien estaría *"muy complicado para el año que viene con todos estos resultados que estamos teniendo y encima que la soplamos el Guillermo Grant"*, solicitando, en definitiva a Nicole Valenzuela que hiciera un análisis de las licitaciones futuras para ver *"si es que se puede hacer algo para darle una mano o no"*, contiene otros pasajes que resultan indicativos de la existencia de comunicaciones entre ambos gerentes, no solamente referidas a estas licitaciones en particular, sino al mercado de sueros en general.

Lo anterior, es susceptible de ser relacionado, además, con una de las alegaciones realizadas por Baxter, en orden a que el acuerdo atribuido por la FNE no tendría racionalidad económica para ella, en tanto se afirma que habría convenido que dos procesos licitatorios fueran adjudicados por su competidor, en contra de sus propios intereses. Sin embargo, esto debe ser analizado en el contexto que afectaba en ese entonces al producto licitado, esto es, marcado por la entrada de B. Braun como un competidor relevante, quien ofrecía suero en envase semirrígido, de marca Ecoflac, en el marco de licitaciones



cuya descripción exigía un envase "colapsable", el cual fue aceptado como admisible por las entidades licitantes y que, a la postre, se adjudicó la Licitación Cenabast. En este escenario, se entiende aquello que señala Christian Quiroga en la citada conversación: *"Porque lo que yo veo, que también lo ve el amigo Mariano que si, obviamente, si estos tipos pueden penetrar con el Ecoflac como un flexible, Mariano está listo para poner la maquinita a andar y ponerle el tapón a su matraz, lo cual nos emputece el mercado"*, para añadir más adelante, refiriéndose también a Mariano Ojeda: *"él muy francamente me dice 'si a mí me sale más barato hacer el matraz con tapa que el flexible'"*, para finalizar reconociendo que Ojeda le habría dicho: *"Entonces después yo, en vez de flexible voy a tener todo matraz con tapa, total ... Disfrazado de flexible igual que el Ecoflac y el único que va a quedar con bolsa vas a ser vos. Pero eso depende, le digo, pero a ver Mariano le digo, pero eso depende de qué vamos a hacer nosotros ahora estratégicamente para frenar la embestida de Braun"*.

Aquello que señala el gerente de Baxter es, en síntesis, que la conversación que tuvo con Mariano Ojeda dijo relación con la amenaza que para ambos representaba la entrada de B. Braun con su envase semirrígido Ecoflac en las licitaciones donde se exigía un envase colapsable y la posibilidad de que Sanderson - productor de suero, a diferencia de Baxter, que es importador - comenzara a



fabricar un envase análogo y más barato, expulsando así del mercado a Baxter o desatando una guerra de precios. La referencia a este punto es explícita cuando Christian Quiroga menciona que desea *"ver si puedo entregarle algo para ID o si no este muchacho va a estar sin nada de bolsa durante todo el año, lo cual nos puede llegar a perjudicar el tema de precios o algo"*.

Analizado el contexto desde este punto de vista, es posible ahora entender la justificación económica que tendría el gerente de Baxter para *"darle una mano"* a Sanderson, tornándose así en irrelevante si en un primer momento se utilizó la expresión *"ID minibag"* o *"IV minibag"*, frente a la evidencia que otorga el resto del contenido de la comunicación. A mayor abundamiento, el mensaje indica expresamente que el tema de *"IV minibag sigue igual como lo tenemos ahora"*, dando cuenta que, desde allí, la conversación se sitúa en un hilo conductor distinto.

Décimo quinto: Que lo anterior se ve corroborado por la conversación sostenida entre ambos - Nicole Valenzuela y Christian Quiroga - el día 12 de octubre de 2012 (transcripción N°721) referida ahora específicamente a la Licitación Cenabast, donde Quiroga explica que habría acordado con Mariano Ojeda que él ofertaría a un precio determinado, lo cual no se cumplió. En dicha conversación, señala Nicole Valenzuela: *"tu amigo, no hace bien los*



análisis porque ... eh... él, pensando en el fisiológico de 100, él, a no ser que regalara el producto, no tenía ninguna posibilidad de adjudicárselo, porque con ocho puntos menos versus dos, su precio tenía que ser pero ..." A lo cual responde Christian Quiroga: *"es que él me dijo que iba a ir a ... él me dijo que iba a ir a un precio muy bajo... ayer me lo confesó que el jefe no le dejó, el tema es que no me avisó"*.

Frente a lo anterior, Nicole Valenzuela se lamenta que la licitación se adjudicara a B. Braun y explica: *"Eso es po... porque ¿sabí lo que sentí? Que en una licitación estos imbéciles de Braun se llevaron 400 palos y meten la puntita de que 'ah CENABAST nos adjudicó colapsable tipo Viaflex, me valida', y nosotros, más nuestros cálculos, era ir a 270, les hubiéramos volado la cabeza y nos hubiéramos adjudicados nosotros eso"*.

Finalmente, consta en autos la Interceptación Telefónica N°738, consistente en una conversación que tuvo lugar el mismo día 12 de octubre de 2012 entre Nicole Valenzuela y su superior Francisco Sarmiento, donde la primera expresa: *"yo le dije a Christian 'Christian, tu amigo es entero trucho porque él te dijo eso, le dije, pensando en que iba más barato Braun, pero no saben ni hacer los cuadros"*, para luego añadir que *"lo defiende caleta"*.



Décimo sexto: Que este escenario general de conversaciones entre Baxter y Sanderson, relacionado con el estado del mercado del suero fisiológico, la eventual entrada de B. Braun y los precios que cada uno ofertaría a diversas licitaciones, queda acreditado con el resto de la prueba circunstancial cuyo análisis conjunto permite tener por refrendada la conclusión anterior.

En efecto, en la conversación telefónica N°714 de 11 de octubre de 2012, sostenida nuevamente entre Nicole Valenzuela y Christian Quiroga, éste último le indica que estuvo en una reunión de Asilfa donde *"ahí también hablé con el amigo, quedó todo solucionado (...) le enrostré todo y me dijo 'queda claro que nos quedamos así entonces'"*, a lo cual Nicole Valenzuela responde *"yendo con numeritos el llanto se quitaba"*.

Consta, además, con los antecedentes de la investigación administrativa realizada por la FNE, en el marco de la cual declaró Pamela Saavedra, que desempeñó el cargo de gerenta de Medication Delivery en Baxter y declara:

"FNE: ¿Usted sabe quién fue y quién es Mariano Ojeda?"

Declarante: Mariano Ojeda, sí po, lo sé, porque este chico es el gerente general de Fresenius, no sé si todavía está.



FNE: Y cuando usted estuvo en Baxter, ¿don Christian Quiroga le comentó en alguna oportunidad que mantenía reuniones con don Mariano Ojeda?

Declarante: Sí, ellos dos se reunían. Se reunían en ASILFA y parece que Ojeda ¿también es argentino?. Claro, entonces se juntaban porque los dos eran argentinos.

FNE: ¿Le comentaba... le comentó el algún momento Christian Quiroga, qué temas en particular él conversaba con don Mariano Ojeda?

Declarante: No, yo no le pregunté. No le pregunté. Alguna vez me dijo que sí, que hablaron de mercado y del negocio, pero yo no pregunté.

FNE: En este comentario, que don Christian Quiroga... usted acaba de decir que le mencionó, ¿le dijo algo respecto a determinadas licitaciones que ellos habían conversado?

Declarante: No, no, eso no, eso no.

FNE: ¿No?

Declarante: No que yo recuerde. Así de específico, no.

FNE: ¿Y qué recuerda de lo él le comentó?

Declarante: Él hablaba que se reunía con este señor, que estaba preocupado por la situación de los precios, que él quería hacer cambios, entonces, de repente iba a reuniones con él, tomaba café, yo lo miraba no más. Yo me acuerdo que yo le dije 'Christian, acá en Chile, las cosas se trabajan de cierta manera, mucho más ordenado' y me



acuerdo que cuando llegó a Chile yo le dije que aquí éramos súper ordenados, le expliqué el caso de las farmacias. Entonces, yo preferí mantener distancia de esas reuniones que él pudiese haber tenido con Mariano Ojeda”.

Del mismo modo, depusieron en sede administrativa Maurizio y Claudio Reginato Vásquez, ejecutivos de Laboratorios Biosano, entidad que fue investigada conjuntamente con las requeridas, a propósito de acuerdos relacionados con el mercado de inyectables de menor volumen. Su declaración es del siguiente tenor:

“Maurizio Reginato: A mí personalmente no me consta un acuerdo, no vi planillas ni modus operandi, ni supe cómo ni cuándo se repartían. Pero lo único que nosotros sí sabíamos era que dada la cercanía de Mariano Ojeda con Christian Quiroga daba a entender que mantenían conversaciones, pues para mí tenían una relación que no era de competidores, según lo que veía en Asilfa.

Nosotros veíamos después de las reuniones de Asilfa a Christian Quiroga reunirse con Mariano Ojeda.

Si tuviese que tomar todas estas variables, más el hecho de que Mariano me comentaba que conversaba cosas con Baxter que uno normalmente no habla con su competidor, por ejemplo deudas, precios, esto me da para entender que ellos eran más que competidores.

Claudio Reginato: Comparto lo que indica Maurizio. Fui testigo de los mismos hechos que indica”.



Décimo séptimo: Que la prueba de contexto antes citada se une a aquella que ha sido citada por el TDLC para cada una de las licitaciones cuestionadas, esto es, el registro telefónico de ambos gerentes, conforme al cual intercambiaron una serie de mensajes de texto en la etapa inmediatamente anterior al cierre de presentación de las ofertas y los correos electrónicos conforme a los cuales se construyeron ambas ofertas, esto es, aquella que Socofar opuso efectivamente a la Licitación Hospital y una segunda que se frustró por cuanto Nicole Valenzuela comunicó a Socofar que no se presentaría, luego de una serie de mensajes que Christian Quiroga intercambió con Mariano Ojeda y a pesar de haberse elaborado una propuesta por un precio de \$270.

Décimo octavo: Que todas estas comunicaciones, aun cuando se trate de prueba indirecta, ponderadas de manera conjunta, según acertadamente viene resuelto, permiten concluir la efectividad del acuerdo imputado, la voluntad conjunta de llevarlo a cabo y el objeto consistente en provocar la adjudicación de las licitaciones a Sanderson.

Décimo noveno: Que, en cuanto a la Licitación Hospital, argumenta Baxter que la oferta fue presentada por Socofar, quien es una empresa independiente y, en tal entendido, fijó su propio precio, lo cual permitiría descartar el acuerdo.



Sin embargo, sobre este punto corresponde tener en cuenta que dicha oferta fue presentada con fecha 31 de julio de 2012, esto es, cuando aún se encontraba en negociaciones el contrato de distribución que posteriormente ambas celebrarían, el 4 de diciembre de 2012.

Por otro lado, los antecedentes que dan cuenta que, a lo menos en una etapa preliminar, el precio no era fijado por Socofar de manera totalmente independiente, no se agotan en la planilla Excel citada por el TDLC, que consolidaba las propuestas a ofertar en el marco de este proceso licitatorio y que contemplaba un precio de \$281, creada por Nicole Valenzuela.

En efecto, el contrato con Socofar fue celebrado a propósito de las modificaciones que, a sus bases tipo, realizó Cenabast, exigiendo de los proveedores el cumplimiento de ciertas obligaciones de logística y despacho que Baxter no cumplía, lo cual hizo necesario contar con el apoyo de una empresa que se desempeñara en el rubro. En otras palabras, Socofar no tenía experiencia en el ámbito de los sueros y su venta pública. Así, el deponente Benjamín Kalm, exfuncionario de Socofar, explica: *"Socofar definía los precios (...) nosotros no teníamos experiencia en sueros, como Socofar jamás habíamos vendido sueros y entonces estábamos entrando en una arena o terreno o mercado el cual no conocíamos, sin embargo, por qué*



estábamos entrando, porque teníamos una ventaja para Baxter en distribución, en almacenamiento, etc. Entonces que lo que sí, y sí lo hicimos, abiertamente desde el principio, fue mirar los números del mercado juntos, en una primera etapa sobre todo”, para luego añadir “efectivamente ellos nos recomendaban o nos decían, pero la definición final que a qué precio íbamos o postulábamos, eso lo definíamos nosotros”.

Tal acompañamiento se puede ver reflejado, a modo ejemplar, en los correos electrónicos acompañados en autos que, aun cuando pueden referirse a otros productos, entregan un contexto sobre la forma cómo se desarrolló, en una primera etapa y de manera previa a la celebración del contrato, el vínculo entre Baxter y Socofar. En este sentido, con fecha 24 de septiembre de 2012, la funcionaria de Socofar Pamela Alvarado envió un correo electrónico a Nicole Valenzuela, con la descripción de dos productos y le solicita *“favor enviar precios asociados a los productos”*. Como puede constatarse del correo, no se trata del precio de venta de Baxter a Socofar, por cuanto éste se incluye en una columna que se singulariza como *“costo”*, sino que lo consultado es derechamente el precio a ofertar, según aparece del asunto del correo. A ello, Nicole Valenzuela responde con una serie de códigos de productos y añade *“te agregué acá el precio sugerido a ofertar”*.



Lo mismo se aprecia en otro correo de 25 de septiembre del mismo año, intercambiado entre idénticas funcionarias y relacionado con el producto "Albumina Humana 20%", donde Pamela Alvarado solicita: *"favor me puedes enviar datos de costo y precio sugerido para participar en licitación adjunta"*.

Estas dos comunicaciones son una manifestación de que, al menos en una primera etapa, anterior a la celebración del contrato de distribución y, precisamente donde se insertan las licitaciones cuestionadas, el precio no era fijado de manera totalmente independiente por Socofar.

De allí se explica que, respecto de la Licitación Hospital, el día 26 de julio de 2012 Nicole Valenzuela envía un correo a Carlos Nova (Baxter), solicitándole preparar un archivo con los *"precios de competencia, precios cenabast, etc, para revisar esta licitación anual con Francisco"* y, finalmente, el 30 de julio remite a Eduardo Salvatierra (Socofar), con copia a Francisco Sarmiento (Baxter) y Benjamín Kalm (Socofar), un *"archivo de precios a ofertar en las licitaciones de sueros del Hospital Guillermo Grantt"* y, examinado el documento, contiene una columna que dice *"precio a ofertar"*.

La misma dinámica se observa respecto de la Licitación Cenabast, donde el 10 de septiembre de 2012, Nicole Valenzuela envió a Eduardo Salvatierra un correo electrónico donde adjunta una planilla con el listado de



productos y que incluye una columna que se titula "*precio a Cenabast*", la cual es respondida por Benjamín Kalm con una nueva planilla el 12 de septiembre pero que contiene el mismo precio ya sugerido por Baxter, de \$264. Finalmente, es Nicole Valenzuela quien modifica el archivo y, donde figuraba el precio, agrega "*no nos presentaremos*".

Vigésimo: Que, en cuanto a las restantes hipótesis alternativas, aun cuando pudiera aceptarse que los gerentes de las requeridas hubieran intervenido en las negociaciones relacionadas con el vínculo B2B o que las comunicaciones que aparecen en el registro telefónico se encuentren enmarcadas en la compra de Baxa por parte de Baxter, ninguna de esas argumentaciones resulta suficiente para desvirtuar el tenor expreso de las interceptaciones telefónicas que sustentan el requerimiento y que se ven confirmadas por la prueba de contexto antes citada en detalle.

Sumado a lo anterior, esta Corte concuerda con el detallado análisis que el TDLC hace de la prueba relacionada con la disponibilidad de productos desde México, que cumplieran con los requisitos de admisibilidad de la oferta en relación a su fecha de vigencia y el hecho acreditado que el Certificado GMP no constituía un impedimento para presentar una oferta en la Licitación Cenabast, en los términos en que expresa la requerida Baxter.



Vigésimo primero: Que, en consecuencia, para ambas licitaciones existe prueba que, si bien es indirecta, analizada en su conjunto y a la luz de las reglas de la sana crítica, resulta clara y concluyente para determinar que entre las requeridas existió un acuerdo tendiente a afectar los resultados de dos licitaciones, en orden a que éstas fueran adjudicadas por Sanderson, lo cual se explica en el vínculo que existió entre ambos gerentes, destinado a mantener el control del mercado de provisión de suero fisiológico e impedir que a éste ingresara, de una manera relevante, el competidor B. Braun con su producto Ecoflac.

Vigésimo segundo: Que corresponde analizar, por tanto, el poder de mercado de las requeridas, el cual ha sido conceptualizado por la doctrina como *"la capacidad que la misma [una empresa] tiene de influir sobre los precios vigentes en un mercado. Dicho poder de mercado puede aparecer tanto del lado de la oferta como de la demanda, es decir, una empresa puede tener poder de mercado como vendedora o como compradora de un bien o servicio (...)* La existencia del poder de mercado tiene como implicancia principal el hecho de que la empresa que lo posee puede elegir entre vender (o comprar) los bienes a distintos precios (...)

El grado de poder de mercado de una empresa está determinado por la forma de la demanda (o de la oferta) que enfrenta. Cuanto más sensibles sean las cantidades demandadas (u ofrecidas) a los cambios en los



precios, mayor será la capacidad de la empresa de fijar mejores precios sin resignar cantidades. Esta característica se conoce con el nombre de elasticidad de la demanda (o de la oferta). Se dice que una demanda es muy elástica si un pequeño aumento porcentual en el precio induce a los compradores a disminuir significativamente las cantidades adquiridas. Si, en cambio, un aumento relativamente grande del precio sólo hace que los demandantes reduzcan la cantidad que compran en una proporción pequeña, se dice que la demanda es inelástica" (Coloma, Germán. *Defensa de la Competencia*. Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires (2003), pág. 32-33).

Otro autor ha señalado: "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).

Vigésimo tercero: Que lo anterior demanda el análisis, además, de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N°20.361 que precisamente introdujo esta exigencia, reemplazando en el artículo 3° la frase "*abusando del poder*" por "*que les confieran poder de mercado*". En la tramitación del proyecto de ley, en el Segundo Informe de la Comisión de Economía del Senado se explica que con la nueva redacción de la letra a), los acuerdos que se celebren por los competidores "*deben conferirles el poder para abusar en el mercado*", de otro modo no debiera ser sancionable. Añade que "*la exigencia de poder de mercado habrá que analizarla en cada caso, en su especialidad*", puesto que el "*poder de mercado alude a la capacidad de este conjunto de competidores de fijar condiciones de comercialización, de manera independiente al resto, con la posibilidad de abusar*". Es así que la expresión "*abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran*" encuentra equivalencia en "*los acuerdos (...) que les*



confieran poder de mercado". (Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N°20.361, pág. 323).

En efecto, el elemento subjetivo del tipo sancionatorio, en que el o los sujetos activos del ilícito deben tener la voluntad de abusar del poder que les confieren en el mercado los acuerdos que celebren o ejecuten, encuentra su correspondencia en la nueva redacción, en el antecedente de que los acuerdos a que llegan los sujetos activos de la conducta, deben otorgarles influencia en el mercado. Sin el antecedente de la historia de la ley se podría pensar que de una conducta que exige probar un elemento subjetivo del tipo sancionatorio, se pasó a una conducta reprochada por el resultado, pero ello no se corresponde con la voluntad del legislador. La referencia al "*poder de mercado*" se concreta mediante acuerdos que desarrollen la capacidad de fijar condiciones de comercialización, de manera independiente al resto, que constituye una forma particular de abusar del poder de mercado, precisamente, por los acuerdos adoptados. Ambos elementos reposan en que los sujetos activos del actuar ilícito llegan a estructurar una voluntad común, expresa o tácita, destinada a celebrar o ejecutar conductas que les permitan hacer mal uso del poder que obtengan.

En este contexto, el mal uso o abuso del poder se encamina a concretar atentados contra la libre competencia y, de este modo, el legislador castiga a quien abusa o hace



mal uso de la capacidad que tiene de influir directamente en la fijación de precios de los bienes y servicios que produce, distribuye o vende, alterando las leyes de la oferta y la demanda en su beneficio y/o en perjuicio de terceros en un mercado determinado.

Vigésimo cuarto: Que, cuando se trata del mercado de las licitaciones públicas, corresponde considerar también que el ente licitante reviste una posición especial, de demandante permanente de productos, puesto que el aprovisionamiento de medicamentos e insumos médicos no es uno que se agote en la sola licitación en cuestión, en tanto es sabido que en el futuro habrá nuevos procesos licitatorios donde, en general, los oferentes se repiten.

En efecto, la propia Baxter ha indicado que, para la fijación de precios y en el marco del estudio que se realizaba para determinar el valor a ofertar - ya sea por ésta o por Socofar - se valía de la información pública, consistente en los valores que habían sido ofertados por sus competidores en procesos licitatorios anteriores, lo cual da cuenta de la influencia que lo ocurrido en procesos pretéritos tenía para aquellos actuales.

La demanda, por su parte, no goza de los caracteres de elasticidad que pudieran darse en otros mercados, por cuanto la entidad licitante requiere para su adecuado funcionamiento una cantidad determinada de productos y, en esa posición, únicamente se encuentra posibilitada de



obtener el mejor precio posible, pero no de variar la cantidad del producto requerido o reemplazarlo por algún sustituto.

Tal característica de permanencia implica que la participación de mercado debe necesariamente medirse en volumen de ventas por un período de tiempo determinado.

Vigésimo quinto: Que, tal como lo acreditó la FNE acompañando la base de datos respectiva, los participantes relevantes en el mercado del suero fisiológico fueron siempre Baxter y Sanderson, quienes se adjudicaron casi la totalidad del monto licitado por el sector público entre julio 2009 y junio de 2012, concentrando la primera un 23,6% del total y la segunda un 66,5%, mientras que luego viene B. Braun con un 6,91%. Lo anterior demuestra que se trata de un mercado concentrado, lo cual se evidencia del acertado análisis que practica el TDLC en orden a que, revisados los procesos licitatorios de distintas cantidades, fueron adjudicadas en su mayoría, ya sea a Baxter, Sanderson y en muy menor cantidad, a B. Braun.

Vigésimo sexto: Que, teniendo presente lo anterior, se ha logrado establecer que los dos actores más grandes de este mercado arribaron a un acuerdo que, en tal calidad, resultaba apto para influir eficazmente en los resultados de los dos procesos licitatorios. En efecto, en la Licitación N°1, si Socofar - en cumplimiento del acuerdo arribado por el gerente de Baxter - no hubiera presentado



su oferta, se habría adjudicado Sanderson, puesto que era aquel oferente que seguía en puntaje (88 puntos, en relación a 90 que obtuvo Socofar), con un precio de \$290.

Por su parte, en la Licitación N°2, si Baxter hubiera presentado aquella oferta que, según se acreditó, vino preparando hasta la fecha en que decidió no participar, también habría sido adjudicada con su precio de \$264 - según las planillas - o \$270 - según afirmó Nicole Valenzuela en la conversación interceptada - por cuanto B. Braun ganó el proceso con un precio de \$275.

Lo anterior debe entenderse, además, en un escenario en el que las requeridas no consideraban a B. Braun como un actor relevante y, si bien se trataba de una entidad habilitada para presentar ofertas, históricamente lo había hecho a un precio mayor, de modo que no se esperaba razonablemente que entregara un precio distinto a aquel que pretendían fijar las sancionadas.

Vigésimo séptimo: Que, en consecuencia, por la vía del acuerdo, las requeridas aumentaron su poder de mercado, puesto que influyeron en una variable relevante por la vía de un actuar objetivamente capaz de producir un efecto anticompetitivo. En otras palabras, en ambas licitaciones el pacto resultaba apto para generar una variación en el precio, lo cual resulta particularmente grave en la Licitación Cenabast, donde la Administración se vio impedida de adquirir a \$264, comprando finalmente a \$275.



En la licitación Hospital, de haberse cumplido el acuerdo, se habría comprado a \$290, en circunstancias que el precio competitivo era \$281.

Así el abuso está dado por el acuerdo de perjudicar a los licitantes y obtener un beneficio propio.

Vigésimo octavo: Que, encontrándose establecida la existencia de un acuerdo entre las requeridas cuyo objeto fue influir en los resultados de las licitaciones públicas N°1 y N°2 para la adquisición de suero fisiológico y, además, asentado que dicho acuerdo les confirió poder de mercado y fue apto para producir efectos anticompetitivos, todo a la luz de lo establecido en el artículo 3° letra a) del Decreto Ley N°211, corresponde razonar en torno a las sanciones aplicables y, en primer lugar, respecto de la multa.

Vigésimo noveno: Que, en cuanto al monto del castigo pecuniario, Baxter en su contestación solicitó tener en cuenta los siguientes elementos (fojas 189):

"a) Baxter no obtuvo beneficio económico alguno derivado de los supuestos acuerdos.

b) El ilícito imputado a Baxter no es grave pues: 1) la duración de la infracción se habría prolongado por un periodo cortísimo de tiempo; y 2) no se habrían generado pérdidas de bienestar a los consumidores.

c) Baxter tiene una irreprochable conducta anterior.



d) Debe considerarse la colaboración prestada por Baxter a la Fiscalía durante la toda la investigación, que duró casi cinco años".

Todas estas circunstancias fueron analizadas por el TDLC en los motivos 220° y siguientes de la sentencia impugnada, donde se explica en detalle que los sentenciadores concuerdan con la FNE en que se trata de una conducta particularmente grave, de modo que la cuantía de la multa requiere cumplir, además de un efecto sancionatorio, uno disuasivo. Por otro lado, no concurre circunstancia alguna que justifique la modificación del monto solicitado por la Fiscalía, considerando que la colaboración que se dice haber prestado no ha ido más allá de un deber legal de cumplir con las cargas públicas que impone la ley.

Finalmente, es un hecho reconocido que las requeridas no obtuvieron beneficios económicos con motivo de la infracción.

Trigésimo: Que, sin embargo, dichas alegaciones no fueron renovadas por Baxter en su escrito de reclamación, en el cual se limita a solicitar que el requerimiento sea rechazado y la multa dejada sin efecto, pidiendo en subsidio únicamente la modificación de las características del programa de cumplimiento impuesto, todo lo cual impide que esta Corte realice mayores consideraciones en torno a la cuantía del castigo pecuniario, sin perjuicio de



concordar con aquello razonado por el TDLC respecto a su imposición en el monto máximo solicitado por la FNE.

Sólo a mayor abundamiento de aquello que ya viene resuelto, considerando la forma en que se han establecido los hechos, esta Corte estima que en la determinación del castigo pecuniario aplicable a la requerida resulta particularmente relevante el elemento o criterio sancionatorio relacionado con la gravedad de la conducta, teniendo para ello especialmente presente que se trata de hechos que tuvieron la aptitud y potencialidad de influir en el precio de adquisición de productos de alta importancia para la entrega de tratamientos médicos, materializando - en el caso de la Licitación Cenabast - un perjuicio fiscal que se traduce en un mayor gasto público y, por ende, una menor cantidad de recursos para el resguardo del derecho a la protección de la salud de la población, considerando que se trata de productos que no tienen un sustituto.

Trigésimo primero: Que, finalmente, se reprocha la imposición de un Programa de Cumplimiento que se califica como *"desproporcionado dada la estructura de Baxter"* y aludiendo, además, a que la empresa ya cuenta con uno acompañado en su oportunidad.

Trigésimo segundo: Que, tal como lo manifestó esta Corte con anterioridad en autos CS Rol N°9361-2019, un 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 tal labor de prevención ha fracasado.

En este contexto, la alegación de existencia previa de un Programa de Cumplimiento completo, real y serio exige un examen también desde el punto de vista de su efectividad, por cuanto un instrumento que reúna todos estos requisitos necesariamente será eficaz en prevenir conductas contrarias a la libre competencia. Por el contrario, la verificación de una práctica anticompetitiva como aquella reprochada en estos antecedentes, deja en evidencia que las directrices impuestas por el documento incorporado por Baxter y en el cual funda su argumentación en torno a este punto, no resultaron idóneas o eficaces en el cumplimiento de la finalidad preventiva que las caracteriza, circunstancia que deja de manifiesto, por un lado, la necesidad de su perfeccionamiento y, por otro, el merecimiento de una sanción.

Trigésimo tercero: Que, si bien conforme a lo razonado, esta Corte estima que la adopción del Programa de



Cumplimiento impuesto por la sentencia impugnada resulta necesaria, no es menos cierto que ella debe ajustarse a la estructura societaria de la empresa concernida, puesto que de otro modo resulta imposible - o a lo menos muy gravosa - su implementación práctica, lo cual podría traducirse en una pérdida de su eficacia preventiva.

En este sentido, no existe controversia en que la empresa requerida, cuya razón social es Industrial y Comercial Baxter de Chile Limitada, se estructura bajo la forma de una sociedad de responsabilidad limitada, de modo que no cuenta con un directorio que goce del poder para su administración y, tal como explica la reclamante, no le es posible la constitución de un Comité de Cumplimiento en los términos del artículo 50 bis de la Ley N°18.046.

Sin embargo, lo anterior no puede erigirse como una circunstancia que impida la adopción de medidas concretas para la prevención de nuevas conductas anticompetitivas. En efecto, si se atiende al propio documento que es citado por la sentencia impugnada, esto es, la Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia, emitida por la FNE, ella considera que *"todo Programa debe siempre ser hecho a la medida de cada empresa, en atención a diversos factores y, especialmente, a: el tamaño del agente económico; características y peculiaridades de éste; mercado en el que participa; grado de influencia que ejerce*



dentro del mercado en que participa (Poder de mercado)"
(punto II, pág. 6).

Enseguida, la exigencia central de la FNE en cuanto al compromiso de la empresa en cuestión, requiere "la participación de los altos ejecutivos y Directores de la empresa, la cual no puede limitarse sólo a la decisión de adoptar un Programa de Cumplimiento.

Es necesario que los cargos gerenciales, y el Directorio del agente económico (en lo que les corresponda) participen activamente en la creación, implementación y desarrollo del Programa de Cumplimiento. Solo mediante su participación se logra transmitir el real y profundo mensaje de compromiso de cumplimiento y acatamiento de la normativa de libre competencia a los demás trabajadores.

Finalmente, y en la medida que el grado de poder de mercado lo justifique y existan recursos suficientes para ello, el encargado de llevar a cabo y velar por la correcta implementación del Programa de Cumplimiento debiese gozar de plena autonomía e independencia dentro de la empresa (por ejemplo, respondiendo directamente al Directorio y exhibiendo causales de remoción definidas con precisión)"
(punto III, acápite N°4, pág. 9).

Trigésimo cuarto: Que, conforme consta del documento de fojas 367, Industrial y Comercial Baxter de Chile Limitada fue constituida por escritura pública de 17 de febrero de 1993 como una sociedad de responsabilidad



limitada, cuyos socios son Baxter World Trade Corporation y Baxter Export Corporation, ambas empresas extranjeras, correspondiendo a la primera la administración y el uso de la razón social, la cual ejercerá por medio de uno o más apoderados designados, uno de ellos en calidad de gerente general. En una serie de anotaciones marginales, consta la materialización de esta facultad de designación y revocaciones sucesivas.

Posteriormente, con fecha 31 de octubre de 2007 se modifica la sociedad, quedando como socios Baxter Holding B.V. y Baxter Export Corporation, siendo administradora la primera de ellas.

Trigésimo quinto: Que, en consecuencia y ajustando la exigencia impuesta a la realidad societaria de la reclamante, se dispondrá que la obligación contenida en las letras a) y b) del motivo 225° de la sentencia impugnada, será reemplazada por la siguiente: *"Dentro de los 30 días hábiles contados desde que esta sentencia quede ejecutoriada, los actuales socios de Baxter, debidamente representados, deberán nombrar un Oficial de Cumplimiento, encargado de velar especialmente por el respeto de las normas de defensa de la libre competencia al interior de la empresa. El Oficial de Cumplimiento será designado y removido de común acuerdo por los socios y deberá desempeñarse a tiempo completo en tal cargo, reportando sus acciones directamente a dichos socios. El nombramiento*



podrá recaer en un trabajador de la empresa y deberá, en todo caso, ser informado a la FNE, la cual deberá otorgar su aprobación de forma previa a que el Oficial comience a prestar sus funciones".

Trigésimo sexto: Que como última petición, la reclamante solicita que se le exima del pago de las costas, por haber tenido motivo plausible para litigar. Sin embargo, conforme al artículo 26 del Decreto Ley N°211, sólo será susceptible de recurso de reclamación la sentencia definitiva, naturaleza jurídica de la cual no participa aquella parte de la decisión que condena o exime del pago de las costas, lo cual torna al arbitrio en inadmisibile en esta parte.

A mayor abundamiento, tampoco es posible aceptar la referida solicitud, por cuanto la requerida fue totalmente vencida, desde que se acogió el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, en razón de haber incurrido en las conductas de que se le acusa, con infracción de lo dispuesto en el artículo 3° letra a) del Decreto Ley N°211, siendo condenada a la multa pedida por dicho órgano, sin que se pueda sostenerse, por tanto, que tuvo motivo plausible para litigar.

Trigésimo séptimo: Que, en consecuencia, corresponde el acogimiento del recurso de reclamación, únicamente en cuanto solicita la modificación de las letras



a) y b) del motivo 225, en los términos en que se ha expresado.

Por estos fundamentos, normas legales citadas y lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto Ley N°211, se resuelve que **se acoge** el recurso de reclamación deducido por Industrial y Comercial Baxter de Chile Limitada, en contra de la sentencia de ocho de enero de dos mil veinte, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, **sólo en cuanto** se decide que los literales a) y b) del motivo 225°, que contiene aquellas acciones que debe satisfacer el Programa de Cumplimiento en materia de Libre Competencia impuesto a la requerida, se reemplazan en los términos expresados en el considerando trigésimo quinto de la presente decisión.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo de la Ministra señora Repetto.

Rol N° 16.986-2020.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Arturo Prado P., Sra. María Angélica Repetto G., y Sr. Leopoldo Llanos S. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Prado por estar con permiso y el Ministro señor Llanos por estar con feriado legal. Santiago, 16 de octubre de 2020.





MXXJRSQMNE

Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sergio Manuel Muñoz G., Maria Eugenia Sandoval G., María Angélica Cecilia Repetto G. Santiago, dieciséis de octubre de dos mil veinte.

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

