

Santiago, catorce de junio de dos mil veinticuatro.

Vistos:

En causa Rol N° 374-2019, Ingreso Corte Suprema N° 17.840-2023, seguida ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), caratulada "Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud con Tribunal de Defensa de la Libre Competencia" se comparece en representación de la Asociación Industrial de Laboratorios Farmacéuticos A.G. (ASILFA) demandando a la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud (CENABAST), acusando que ésta infringió el inciso primero del artículo 3° del Decreto Ley N°211, al incumplir lo ordenado por esta Corte en la sentencia de 21 de diciembre de 2017, acorde con la cual debía iniciar un proceso de elaboración de nuevas bases de licitación, a fin de resguardar el cumplimiento de las normas sobre libre competencia y el debido equilibrio entre oferentes y demandantes. Al mismo tiempo, se le imputa abusar de su posición de dominio e infringir el artículo 3°, inciso segundo, en su literal b) del citado cuerpo legal, al continuar adjudicando y ejecutando licitaciones resueltas conforme a los términos tanto de las Bases contenidas en la Resolución N° 272/2014 como de las Bases intermedias contenidas en la Resolución N° 341/2016, las que habrían replicado y empeorado las condiciones de la Resolución N°



272/2014 a partir de julio de 2018, sin haber dispuesto ninguna medida de mitigación.

Como antecedentes de contexto destaca que ASILFA formuló una consulta ante el TDLC, basada en que las Bases contenidas en la Resolución N° 272/2014 empleadas por Cenabast en los procesos de licitación para la adquisición de fármacos, dispositivos médicos e insumos o alimentos destinados a satisfacer la demanda de instituciones públicas de salud, podían ser anticompetitivas, lo cual, en definitiva fue descartado por dicho tribunal.

El recurso de reclamación para ante la Corte Suprema fue acogido parcialmente mediante la sentencia dictada el 21 de diciembre de 2017, ordenando a CENABAST iniciar *"un proceso de reestudio, revisión y elaboración de las condiciones impuestas a través de las Bases Tipo [...] contenidas en la Resolución Afecta N° 272/2014, oyendo a los laboratorios involucrados y con participación de la Fiscalía Nacional Económica, a fin de arribar a un texto que cumpla con las finalidades antes expuestas"*, resguardo de las normas sobre libre competencia y el equilibrio entre las partes contratantes.

A partir del 1 de julio de 2018, CENABAST comenzó a utilizar las Bases intermedias contenidas en la Resolución N° 341/2016, en reemplazo de las incluidas en la Resolución N° 272/2014, siendo modificada en dos ocasiones, sin que la



Fiscalía Nacional Económica participara en la elaboración de la Resolución N° 341/2016, así como tampoco en sus modificaciones.

I.- Contestación.

CENABAST opuso excepción de cosa juzgada parcial basada en la identidad entre los fundamentos y peticiones de la consulta, teniendo en cuenta que las distorsiones y medidas que se piden en esta demanda son coincidentes y, a la vez, pidió el rechazo de la acción, sosteniendo, en síntesis, que actuó legítimamente, toda vez que no existe retardo en el cumplimiento de lo ordenado si se considera que la elaboración de un sistema de licitación pública no es un proceso inmediato, pues su desarrollo requiere de distintas actividades para su ejecución en el que se hizo partícipes a los laboratorios y a la FNE materializado esto último en el Oficio 1875 de 2 de mayo de 2019. Enfatiza que la sentencia sólo estableció un protocolo sin determinar el contenido explícito de las nuevas bases de licitación.

Destaca que analizó la morosidad de las instituciones a fin de crear una base para alimentar sus sistemas de seguimiento y control, se rebajaron los montos de las multas e implementó un sistema que permite pesquisar los incumplimientos para evitar la aplicación de multas en desfase. Para reducir la mora se estableció un sistema online a fin de solicitar y autorizar la suspensión en la entrega de medicamentos, más expedito, con causales



objetivas, reduciendo el plazo de mora y de respuesta y, al mismo tiempo, se adoptaron medidas para favorecer a pequeños laboratorios. Por último, descarta abuso de posición de dominio.

II.- Sentencia:

El TDLC señala que no concurre la excepción de cosa juzgada parcial alegada por CENABAST, dada la falta de identidad entre la causa de pedir y la cosa pedida que se evidencia en estos autos en comparación con la consulta que dio origen al procedimiento no contencioso Rol N° 432-2015. Así pues, se establece que si bien en dicha consulta Asilfa solicitaba al Tribunal la aplicación de las mismas medidas que se piden en este proceso y que las distorsiones identificadas por la demandante en ese entonces respecto de las Bases reprochadas, fueron las mismas que sostiene en la presente *litis*, no es menos cierto que el objeto de ambos procesos es distinto, por cuanto en la consulta se pretendía que el Tribunal se pronunciara acerca de si las bases de licitación contenidas en la Resolución N° 272/2014, afectaban o no la libre competencia, cuestión que, a la postre, fue resuelta en la sentencia de 21 de diciembre de 2017 dictada por la Corte Suprema, a través de la cual se dispuso una serie de obligaciones a CENABAST con el objeto de subsanar las afectaciones a la libre competencia de dichas bases de licitación. Mientras que, en estos autos los elementos objetivos de la pretensión



dicen relación con que CENABAST justamente dé cumplimiento a lo ordenado por la Corte Suprema en dicha oportunidad y, se declare que, primero, Cenabast ha infringido el artículo 3° inciso primero del D.L. N° 211 al dejar de cumplir la sentencia en comento y, en segundo término, que ha infringido el inciso segundo letra b) del mismo artículo, al abusar de su posición dominante mediante la ejecución de un comportamiento infraccional vinculado a la inejecución de la misma sentencia.

A renglón seguido, agrega que, el hecho de que Asilfa pretenda que el Tribunal introduzca diez medidas, no implica que la causa de pedir y, por ende, el objeto perseguido en estos autos sea el mismo, puesto que, lo que motiva a la demandante al accionar en esta oportunidad difiere por completo de lo pretendido en el proceso no contencioso Rol NC N° 423-2015, en vista de que tales medidas son propuestas como consecuencia del incumplimiento en que CENABAST habría incurrido.

En relación a la primera conducta acusada, esto es, el incumplimiento de la sentencia dictada por la Corte Suprema, se alude a la capacidad de CENABAST para cumplir lo mandado en un breve plazo. En efecto, se trae a colación las distintas ocasiones en que dicho organismo realizó modificaciones a las bases de licitación por distintas circunstancias en lapsos que oscilan entre uno y siete meses, razón por la que, en la especie, no resulta



justificada la tardanza de más de cuatro años en dar cumplimiento a lo ordenado por el máximo tribunal.

Por otra parte, se establece que la demandada no dio cumplimiento en la forma exigida en la sentencia, teniendo en consideración la excesiva prolongación del tiempo en que se desarrolló el proceso, desde que se decretó el cúmplase de la sentencia el 2 de enero de 2018. Ejemplo de lo que se dice es la tardanza en reunirse por primera vez con los laboratorios e iniciar el proceso encomendado (tres meses) y en tomar contacto con la FNE (un año y tres meses), lo cual, por lo demás, sólo aconteció una vez deducida la presente demanda. Bajo el mismo aspecto, destaca la demora en presentar la primera propuesta de bases tipo -Resolución N° 316/2020- a la Contraloría General de la República (dos años y nueve meses), acrecentado por la circunstancia de que el 22 de marzo de 2022, estando cerrada la investigación por la FNE, envió una segunda propuesta de bases tipo al órgano de control contenida en la Resolución N° 87/2022, es decir, más de 4 años después del cúmplase.

Pese a ello, destaca la implementación de una medida relevante a partir de octubre de 2018, al poner en marcha una plataforma online para tramitar las solicitudes de los proveedores para suspender la entrega de medicamentos en caso de mora de los establecimientos de salud, la cual, aun cuando no fue informada debidamente a los laboratorios, no sólo implicó la automatización del sistema de tramitación



de tales requerimientos, sino que, más importante aún, se objetivizaron los criterios para aceptar o desestimar la solicitud, disminuyendo de ese modo la discrecionalidad de CENABAST y, al mismo tiempo, se redujeron los plazos de respuesta a los peticionarios. Con ello se abarcó uno de los principales cuestionamientos a la demandada sirviendo de antecedente inmediato para la elaboración de las bases tipo contenidas en la Resolución N° 316 de 2020.

En relación a la participación de la FNE y la necesidad de oír a los laboratorios durante el proceso de reestudio, se establece que, aún cuando la FNE participó en la elaboración de las nuevas bases, ello sólo aconteció después de la interposición de la demanda, mientras que, por otro lado, los laboratorios participaron tan sólo en dos reuniones (otra sin registro), además de otras dos sesiones de las que no existe registro, cesando injustificadamente su intervención, dado que Cenabast solicitó información que no era necesaria o bien estaba en poder de la Administración. Por lo demás, agrega que, tampoco se compartieron los borradores con los laboratorios (C° 54 a 64).

En materia de modificaciones sustanciales se establece que los cambios sobre la suspensión en la entrega de medicamentos fue un aspecto significativo reconocido por la demandante. Ello sin perjuicio de que además se realizaron otras modificaciones relevantes en materia de



transparencia, multas y garantías, según fue sostenido por la FNE, lo cual fue recogido en las bases contenidas en la Resolución N° 316 de 2020.

Sin embargo, justamente en el punto de mayor relevancia, vale decir, en la suspensión de entrega de medicamentos, se realizó una modificación sin contar con la participación de la FNE, contenida en la Resolución 87 de 2022, importando una infracción a lo resuelto por el máximo tribunal.

Se concluye que estando en posición de cumplir, Cenabast no lo hizo de manera íntegra y oportuna.

Acerca del abuso de la posición dominante se sostiene que se encuentra determinado el mercado relevante y el poder de compra de Cenabast, el cual, incluso, se ha incrementado. Sin embargo, se concluye que la conducta de abuso imputada no es sino el fundamento directo de la acusación de incumplimiento ya analizada en el fallo, sin que pueda considerarse como una conducta distinta de aquella. En efecto, la mantención de determinadas condiciones de aprovisionamiento que infringen lo ordenado por la Corte Suprema, sea a través de cualquier acto administrativo que rija los procesos de licitación ya examinados en la sentencia, constituye una conducta infraccional por incumplimiento de una resolución judicial, de tal suerte que, la acusación relativa al abuso de posición dominante imputada por Asilfa se encuentra



subsumida en la acusación de incumplimiento, siendo improcedente un nuevo pronunciamiento al respecto.

Ahora bien, en cuanto a las medidas aplicables, se alude a las multas como sanción plausible a causa del incumplimiento anotado. Con todo, se considera como atenuante la implementación de la plataforma online en materia de suspensión de entrega de medicamentos, dado sus efectos positivos, pese a su falta de incorporación en las bases intermedias (Resolución 341 de 2016). Luego, para fijarla en 100 Unidades Tributarias Anuales se considera la capacidad económica del infractor, la especificación del destino de las multas aplicadas a los proveedores, la ausencia de beneficio económico y el efecto disuasivo de la multa, a la vez de que sea de menor entidad y que no concurren agravantes. Adicionalmente, se ordena a Cenabast:

(a) remitirse en las bases de licitación tipo que utilice para licitar fármacos e insumos médicos destinados al abastecimiento de establecimientos públicos a las cláusulas contenidas en la Resolución N° 316/2020, en lo que se refiere a los elementos revisados por la Fiscalía en su investigación de Rol N° 2557-19 e informe de archivo de 24 de febrero de 2021; y (b) que las futuras bases de licitación tipo que utilice no podrán contener, en lo que concierne al procedimiento de suspensión de entrega de medicamentos, condiciones más gravosas para los proveedores que aquellas dispuestas en la citada resolución.



En contra de la sentencia antes referida se dedujo recurso de reclamación por ambas partes.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

I. El reclamo de la parte demandante

Primero: El caso en estudio comprende el incumplimiento de la decisión del máximo tribunal, de modo que lo primero a cuestionar es la magnitud de la multa impuesta.

Expresa que, a su juicio, la multa es exigua debido a que no tiene un efecto disuasivo, no se condice con la gravedad de la conducta infraccional mantenida por más de cinco años y, más importante aún, porque en este caso existió una actuación dolosa más que negligente. Corroboración esta afirmación el que la infractora condicionara la prosecución del proceso, a la entrega de antecedentes que ya obraban en su poder o bien eran accesibles, así como también el que aplicara bases intermedias (Resolución 341 de 2016) que incluso empeoraban la situación de los proveedores, en comparación a las bases cuestionadas (Resolución 272 de 2014), como consecuencia de aumentar de 45 a 60 días -vencido el plazo para el pago de una factura -el tiempo para accionar el mecanismo de suspensión. Algo semejante ocurre con la introducción en las bases intermedias de ciertas incertidumbres en relación a lo licitado, según se lee del capítulo 9, al establecer tres



formas de adquisición de productos (estándar, contrato de suministro y por zona) que no estaban presentes en la Resolución 272.

Agrega que, esto mismo puede decirse acerca de que en otros casos la modificación de las bases se realizó en breves lapsos, esto es, entre uno y siete meses, en circunstancias que, en la especie, la modificación ordenada se dilató y paralizó sin justificación. Todo ello sin considerar que hasta antes de la demanda no había en marcha ningún proceso de cumplimiento de la sentencia. Prueba además de lo dicho es la circunstancia de que Cenabast convocó a la FNE a sólo días después de la presentación de la demanda (22 de abril de 2019), no compartió los borradores de bases con ninguno de los proveedores y, peor aún, torció lo aprobado por la FNE, pues dicha entidad aprobó la Resolución 316 de 2020, pero su tenor fue modificado mediante la Resolución 87 de 2022, sin mediar el parecer de la FNE, además de modificar el proceso de suspensión de entrega de medicamentos, en cuanto no permite optar al procedimiento de suspensión de la entrega de medicamentos a los proveedores que se adjudiquen fármacos pertenecientes a Programas Ministeriales.

Mirado desde este aspecto, sostiene que no es posible considerar como atenuante la plataforma on line durante el mes de octubre de 2018, pues si bien se implementó, no fue incorporada formalmente a las bases intermedias.



Así también considera relevante tener en consideración los ingresos de Cenabast, a través del cobro de una comisión por el servicio de intermediación de hasta un 7% de las transacciones que realiza.

Por otra parte, cuestiona la falta de pronunciamiento respecto de las peticiones concretas de la demanda. Ello en relación a la medida cuarta y quinta letras a), c), d), e) y f): equilibrio entre los derechos y obligaciones entre oferentes y demandantes del mercado relevante, representado en que las multas no sólo sean aplicables a los proveedores sino también a las instituciones de salud y a cenabast ante el incumplimiento de las bases o contrato; que las multas estén justificadas en un daño directo y razonablemente previsto para el proveedor y que su valor sea proporcional a éste; el pago de intereses a proveedores por la mora en el pago por las instituciones; que se eliminen las incertidumbres de las modalidades de contratos -plazo de duración definido, cantidad definida de productos a suministrar y cantidad fija de instituciones a las que se ha de abastecer.

Finalmente, alega sobre el descarte improcedente del abuso de posición dominante mientras incumplía la sentencia de la Corte Suprema, perpetuando de esa manera las distorsiones detectadas por la judicatura por más de 5 años, sin adoptar durante dicho período ninguna medida de



mitigación, siendo indicativo que por licitación después de la sentencia sólo hubo 2,2 oferentes por cada una.

Tras sostener la improcedencia de no condenar en costas, pide elevar la multa por incumplimiento de lo resuelto por la CS a 2500 UTA, acoger la demanda por abuso de posición dominante aplicándole una multa por 2500 UTA, ordenar la incorporación a las bases de licitación tipo las medidas cuarta y quinta letras a), c), d), e) y f) y la condena en costas de la demandada.

II. El reclamo del Consejo de Defensa del Estado.

Segundo: Señala que la sentencia debió acoger la excepción de cosa juzgada parcial, teniendo en consideración que los fundamentos y peticiones de la consulta son coincidentes con las distorsiones y medidas que se piden en esta demanda. La Corte Suprema desestimó de 7 de las 10 distorsiones identificadas por Asilfa nuevamente en esta causa. Así, rechazó todas las pretensiones de la consulta por las que se exigía una equiparación absoluta entre Cenabast y las instituciones por un lado y los proveedores (equilibrio contractual). También quedó zanjado que los plazos normativos que regulan los términos para proceder al pago no son modificables y que las entidades de derecho público pueden imponer multas debiendo sólo especificar su destino. Ello afecta a 7 de las 10 distorsiones identificadas por Asilfa (N°s 4 a 10).



Fuera de ello, en lo sustancial, sostiene que sólo se reprocha la tardanza de Cenabast y otros aspectos como exigir datos que no eran necesarios, así como no compartir las bases con la demandante y modificar puntos de las bases con posterioridad a la aprobación de la FNE, de tal modo que los aspectos más relevantes de la sentencia, se entienden satisfechos, es decir, la mora y la adopción de medidas para equiparar el natural desequilibrio entre las partes. Así también, agrega que se cumplió con aspectos formales como oír a los laboratorios y la participación y aprobación del proceso por la FNE.

En cuanto a la tardanza, la descarta, dada la envergadura del proceso y el estado permanente de cumplimiento, considerando que el proceso interno se prolongó por cuatro meses, así como también el que la participación de los laboratorios se mantuvo desde el 20 de abril de 2018 a diciembre de 2019, sumada la etapa de intervención de la FNE, enfatizando que, una vez oídos los laboratorios, se elaboró un borrador que fue enviado a la FNE el 2 de mayo de 2019. Más adelante se generaron 7 borradores hasta la elaboración de la Resolución 316 de 2020, siendo subsanadas las objeciones realizadas por el órgano contralor, según consta del Oficio E186326/22 de 17 de febrero de 2022, a través de la Resolución 87 de 2022. Es evidente, entonces, que no hubo retardo.



A continuación, alude a las modificaciones en el procedimiento de suspensión de entregas, en materia de sanciones y multas, además de otras acciones que favorecen la competencia, tales como la rebaja en el porcentaje de la garantía de seriedad de la oferta.

Agrega que no es posible obviar que la sentencia también tuvo por cumplido el mandato del máximo tribunal en aquello que se vincula con el destino de las multas aplicadas por Cenabast.

Aunque fue rechazada la demanda en este punto, reitera la inexistencia de abuso de posición dominante y de daño anticompetitivo. En subsidio, refiere que los objetivos de política pública justifican cualquier supuesta restricción a la competencia.

Pide dejar sin efecto sentencia impugnada, rechazando íntegramente la demanda, con costas; en subsidio se le exima del pago de la multa; en subsidio, la rebaja del monto conforme al mérito del proceso.

Tercero: Que en el análisis de la reclamación es indispensable tener presente ciertas consideraciones relacionadas con la naturaleza de la legislación que regula la materia de autos. En este aspecto, tal como se ha señalado en otros fallos, la materia puesta en conocimiento de esta Corte está regulada en el Decreto Ley N° 211, que tiene un carácter económico, entre cuyos objetivos se encuentra la regulación y cautela de la libre competencia,



como asimismo, de un modo más general, la pureza del orden público económico del país. Es así como el Constituyente ha desarrollado una especial profundización de las normas que integran este marco regulatorio, tanto al establecer la competencia del Estado, como al referirse a las garantías individuales.

Así, diferentes normas constitucionales desarrollan lo que se ha denominado la "Constitución Económica", que busca precisar y resguardar a las personas su derecho a planificar, desarrollar y ejecutar sus proyectos de vida personal y de realización material, para concretar y llevar adelante su capacidad de emprendimiento. Los artículos 1°, 3°, 8°, 19 N° 2, 21, 22, 23, 24, 25 y 26; 20, 21, 38 y 108 de la Constitución Política de la República dan origen a un abanico de disposiciones en que las personas encuentran seguridad en los enunciados anteriores.

En el campo del derecho económico se estructuraron las nociones de orden público económico, libre competencia y competencia desleal, en que se asocia la libre competencia con el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, por consignar el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, al cual se unen la reserva legal en materia de regulación económica, igualdad ante la ley, ante la justicia y ante las cargas tributarias, proscribiendo cualquier discriminación, que comprende la de igualdad de trato económico que debe entregar el Estado y sus órganos,



la libre apropiación de los bienes, la consagración del derecho de propiedad en las distintas especies que contempla la Constitución y ciertamente la garantía de las garantías, esto es, la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Conjuntamente con lo anterior debe considerarse la estructura económica basada en la autoridad reguladora del Banco Central, para luego desarrollar toda una institucionalidad en materia de orden público económico, sustentado en un conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía del país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución (José Luis Cea Egaña) o "la recta disposición de los diferentes elementos sociales que integran la comunidad -públicos y privados- en su dimensión económica, de la manera que la colectividad estime valiosa para la obtención de su mejor desempeño en la satisfacción de las necesidades materiales del hombre" (V. Avilés Hernández, citado por Sebastián Vollmer, Derechos Fundamentales y Colusión, Universidad de Chile).



Cuarto: Que, en síntesis, nuestro ordenamiento jurídico ha realizado ciertas definiciones económicas con rango constitucional con la finalidad de orientar el quehacer de la actividad económica: a) La libre iniciativa particular en materia económica de todas las personas, sin más limitación que respetar el ordenamiento jurídico imperante, en que podrán obtener una justa rentabilidad o retribución; b) El Estado tendrá siempre un papel subsidiario; c) El Estado tendrá un papel principal en materia de servicio público; d) Se podrá regular y conceder las funciones de servicio público que no sean estratégicas, como tampoco las que monopólicamente le correspondan al Estado; e) Para participar el Estado en materia económica deberá ser previamente autorizado por el legislador; f) El Estado se ha reservado la titularidad del dominio respecto de ciertos bienes; g) Se ha regulado el principio de solidaridad y bien común mediante la función social de la propiedad, conforme a la cual queda sujeta a determinadas restricciones; h) Las limitaciones de las facultades esenciales del dominio deben ser compensadas mediante el pertinente procedimiento expropiatorio; i) Los intereses particulares ceden a favor del beneficio general de la población, por lo que el Estado se encuentra facultado para realizar las expropiaciones que imponga el bien común; j) El Estado debe garantizar efectivamente el ejercicio de todos los derechos, entre ellos los de propiedad y los



vinculados a las materias económicas; k) Se han contemplado acciones constitucionales y legales destinadas a requerir de las autoridades administrativas y judiciales la vigencia efectiva de las garantías de los particulares, como para exigir el respeto de las restricciones a la actividad estatal, entre otros principios que informan el derecho público económico.

Quinto: Que el derecho a desarrollar cualquier tipo de actividad económica, consagrado constitucionalmente en el artículo 19 N° 21, tiene límites que se establecen en el mismo precepto constitucional, esto es, la moral, el orden público o la seguridad nacional.

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 tiene distintas funciones respecto de la garantía antes referida, puesto 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; sin embargo, desde otra perspectiva, limita el ejercicio de tal derecho, puesto que como se ha dejado asentado, el atentado contra la libertad puede provenir no sólo del Estado, sino también de particulares que esgrimiendo su propia libertad pretenden alcanzar y ejercer un poder en el mercado, violentando así no sólo el derecho de los otros actores del ámbito



económico en el que se desenvuelve, sino que afectando los intereses de los consumidores, circunstancia que en último término se traduce en una afectación del bienestar de la generalidad de los miembros de la Nación.

Sexto: Que, como se ha destacado con anterioridad, esta rama del Derecho surge a fines del siglo XIX con la dictación en los Estados Unidos de Norteamérica de la denominada Ley Sherman en el año 1890. Desde esa época la doctrina y la jurisprudencia de ese país y en el derecho comparado, ha evolucionado en la aplicación de la normativa especial respecto de las distintas materias que regula.

En nuestro país el primer hito, está vinculado a la Ley N° 13.305 de 6 de abril de 1959 que dispuso que correspondía regular la actividad económica, especialmente para fomentar la libre competencia industrial y comercial, determinándose en su Título V normas orgánicas para la autoridad encargada de supervigilar su cumplimiento. En el Mensaje correspondiente el Ejecutivo sostuvo:

"La política errada seguida por muchos años de tratar de proteger los intereses de los consumidores mediante la mera aplicación de controles de precios, ha contribuido a crear, en el país, acuerdos entre productores que se traducen en un encarecimiento artificial de los precios. En efecto, bajo el amparo de los precios oficiales ha sido posible llegar a entendimientos entre los productores y comerciantes de un mismo rubro, de manera que los precios



quedan fijados por productores de mayor costo. Para que la empresa privada defienda efectivamente el interés del consumidor es indispensable que los productores y distribuidores estén preocupados de reducir sus costos impulsados constantemente por una sana y efectiva competencia en el abastecimiento de los mercados.”

Esta ley substancialmente dispuso: “Artículo 172. No podrá otorgarse a los particulares la concesión de ningún monopolio para el ejercicio de actividades industriales o comerciales.

Sólo por ley podrá reservarse a instituciones fiscales, semifiscales, públicas, de administración autónoma o municipales el monopolio de determinadas actividades industriales o comerciales.”

“Artículo 173. Todo acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país, sea mediante convenios de fijación de precios o repartos de cuotas de producción, transporte o de distribución, o de zonas de mercado; sea mediante acuerdos, negociaciones o asociaciones para obtener reducciones o paralizaciones de producción; sea mediante la distribución exclusiva, hecha por una sola persona o sociedad, de varios productores del mismo artículo específico, o por medio de cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar la libre competencia, será penado con presidio menor en cualquiera



de sus grados y con multa de uno por ciento al diez por ciento del capital en giro de los autores.”

Posteriormente la Ley 15.142, de 22 de enero de 1963, modificó las atribuciones de la autoridad encargada de controlar la aplicación de la normativa de competencia.

Mediante Decreto Ley 211, de 1973, se reguló totalmente la materia, cuerpo legal que con distintas modificaciones se mantiene hasta la fecha, en cuya dictación se tuvo presente:

“1° Que el monopolio y las prácticas monopólicas son contrarias a una sana y efectiva competencia en el abastecimiento de los mercados ya que mediante el control de la oferta o demanda es posible fijar precios artificiales y lesivos al interés del consumidor;

2° Que tales actividades, por otra parte, no incentivan la producción; protegen al productor o distribuidor ineficiente; tienden a la concentración del poder económico y distorsionan el mercado en perjuicio de la colectividad;

3° Que, por tanto, resulta necesario garantizar la libre competencia previniendo la existencia del monopolio y de las prácticas monopólicas y sancionando drásticamente su ejecución;

4° Que, sin embargo, cierta producción de bienes y servicios puede o debe, en determinadas circunstancias, realizarse a través de organizaciones de estructura



monopólica estatal, siempre que los fines perseguidos redunden en beneficio de la comunidad y su creación, funcionamiento y resguardos se prevean mediante una ley expresa;

5° Que las normas destinadas a fomentar la libre competencia industrial y comercial que prevé el título V de la ley N° 13.305, modificado por la ley N° 15.142, si bien tienen mérito conceptual no contemplan una estructura orgánico-funcional que las haga operativas y eficaces en todo el país;

6° Que en esta tarea de prevención de las actividades monopólicas para garantizar la libre y sana competencia es necesario incorporar al sector docente de la Universidad, a los productores y comerciantes y a la comunidad a través de sus representantes más calificados para estos fines.”

Séptimo: Que el sistema jurídico establecido en nuestro ordenamiento jurídico corresponde a los aspectos orgánicos y substanciales destinados a resguardar el mercado, 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, en 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 menores precios posibles de los bienes y servicios transables



comercialmente, con la justa ganancia de los actores del mercado. Es por ello que el Derecho de la Competencia se ha definido como "el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado, en aras del interés público" (Robert Merkin, citado por Alfonso Miranda Londoño y Juan Gutiérrez Rodríguez, "Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia", Revista de Derecho de la Competencia, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia). Es así como "el derecho de la competencia prohíbe la realización de prácticas restrictivas de la competencia, la adquisición de una posición de dominio en el mercado a través de la realización de dichas prácticas y el abuso de la posición dominante" (obra citada).

Octavo: Que, en este mismo sentido, se ha señalado que el análisis de la defensa de la libre competencia se realiza controlando los comportamientos de los operadores del mercado buscando reprimir las prácticas concertadas y los abusos de una posición dominante y, además, se materializa controlando las estructuras del mercado.

El derecho de la competencia tiene como objetivo primordial neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos y, en tal sentido, forma parte de la constitución económica de un orden basado en que la



libertad es un medio a través del cual se consolida el bienestar de la Nación.

Noveno: Que una vez asentadas las ideas anteriores, se debe tener presente lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, que señala: "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.

b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de



venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”.

Décimo: Que los aspectos reseñados precedentemente permiten precisar la materia objeto de los recursos, esto es, el estudio de un caso relativo al derecho de la libre competencia, en especial el cumplimiento de las medidas de regulación de un mercado relevante por parte de la autoridad. Así pues, tratándose de un procedimiento contencioso por incumplimiento, es de suma relevancia determinar el cumplimiento de las medidas impuestas por la judicatura y, al mismo tiempo, establecer la culpabilidad del infractor en la contravención del DFL 211, puesto que, sólo en la medida que se constate el incumplimiento culpable, habrá lugar a la responsabilidad infraccional en los términos que establecen los artículos 3 inciso 1° y 26 del citado texto normativo.

Undécimo: Que, en el caso concreto, el análisis no sólo debe abarcar el incumplimiento de lo dictaminado por esta judicatura, sino que aquél debe ser integral, desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, toda vez que es éste el que entrega las facultades para conocer de los presentes autos. Así, el examen se efectuará, a partir de



la denuncia del incumplimiento de lo mandatado por este tribunal. En razón de lo anterior, conviene tener presente ciertas consideraciones sobre el procedimiento no contencioso que origina la medida cuyo incumplimiento se reprocha.

En un procedimiento de carácter no contencioso el Tribunal se encuentra facultado para fijar las condiciones o medidas de mitigación que deben ser cumplidas por los agentes económicos vinculados a la consulta, lo cual, ocurre entonces en ejercicio de la denominada potestad consultiva-preventiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para absolver consultas conducentes a otorgar certeza mínima a los actores del mercado al calificar o determinar la eventual contradicción entre un hecho, acto o convención singular y la libre competencia apreciada en un mercado relevante concreto. No tiene por finalidad sancionar un injusto anticompetitivo específico a través de los momentos jurisdiccionales, sino que se trata de medidas de mitigación, correctivas o prohibitivas dispuestas según las particularidades de cada caso, las que se adoptan con miras a restablecer o permitir la sana competencia.

La potestad consultiva busca *"prevenir o evitar la comisión de un injusto monopólico por la vía de pronunciarse sobre un hecho, acto o convención que no se ha ejecutado o celebrado, o advertir sobre las consecuencias nocivas para la libre competencia de la persistencia en un*



hecho, acto o contrato ya ejecutado o celebrado, solicitándose que aquél cese o éstos sean terminados o bien, de perseverarse en los mismos, éstos sean ajustados a ciertas condiciones que establecerá el propio Tribunal Antimonopólico” (Domingo Valdés Prieto, “Libre Competencia y Monopolio”, página 612) o subsanar el daño que pueda causar la operación sujeta a aprobación (Paulo Montt, Nicole Nehme, “Libre Competencia y retail un análisis crítico” página 315).

Duodécimo: Que se ha señalado por esta Corte que a través del artículo 18 número 2) del Decreto Ley N° 211, el legislador otorgó al Tribunal la facultad de prevenir que un determinado hecho, acto o convención, que presenten para su conocimiento quienes se proponen ejecutarlo o celebrarlo, pueda llegar a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a producir dichos efectos. Tal labor preventiva tiene por objeto entregar certeza jurídica ex-ante, con los beneficios establecidos en el artículo 32 del Decreto Ley N° 211 y con carácter vinculante para los agentes económicos que voluntariamente lo consulten, respecto de la compatibilidad entre los efectos, actuales o potenciales, de dicho hecho, acto o convención, y la libre competencia en uno o más mercados en particular y, por lo tanto, respecto de su juridicidad. El legislador estableció también la posibilidad de que terceros interesados puedan demandar o el Fiscal Nacional



Económico requerir, en caso que estimen que una operación no consultada -se haya perfeccionado o no- tienda a impedir la libre competencia.

Décimo tercero: Que, por otro lado, puede indicarse que "El legislador al establecer un procedimiento de jurisdicción voluntaria lo hace exactamente para garantizar la protección de un derecho socialmente relevante. Es el juez u otro órgano o sujeto que actúa preventivamente y para dar certeza y así proteger el bien o el derecho que, en la ausencia de la participación de la jurisdicción, quedaría entregado a la voluntad de los particulares". En resumen, en el Estado Constitucional, el magistrado tiene el deber de dar protección a los derechos "especialmente a los fundamentales y a los de mayor relevancia social"(...) "el magistrado, en la jurisdicción voluntaria es llamado incuestionablemente para dar protección a los derechos" ("Fundamentos del proceso civil, Hacia una teoría de la adjudicación, Luis Guilherme Marinoni, Alvaro Pérez Ragone, Raúl Núñez Ojeda, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, primera edición, año 2010 pág. 138-139).

Así, el TDLC, ante un conflicto entre intereses públicos y privados, deberá necesariamente hacer primar lo que le encarga la mencionada disposición constitucional por sobre la utilidad que pueda surgir para un particular.

De lo anterior es posible concluir que el incumplimiento de la sentencia judicial que impone las



condiciones constituye una infracción al artículo 3° del Decreto Ley N°211, máxime si las condiciones impuestas justamente tienden a prevenir su ejecución, en la medida que el acto sometido a conocimiento del tribunal tiene la aptitud de lesionar la competencia, empero, tal efecto es contrarrestado por las medidas impuestas.

Décimo cuarto: Que establecido lo anterior se hace necesario consignar que, por motivos de orden y para mayor claridad del análisis, el examen de los planteamientos y peticiones de los recursos se efectuará en un orden distinto al que fueron interpuestas las reclamaciones de que se trata.

En cuanto a la reclamación del demandado

Décimo quinto: Que, sobre la excepción de cosa juzgada puede decirse que el instituto jurídico en referencia atañe a los efectos jurídico-procesales del litigio y, de manera suprema, a la eficacia de la sentencia pronunciada para resolver el asunto que ha sido materia de éste e importa una limitación al derecho que, por regla general, tienen las partes para discutir lo decidido, el que adquiere vigor en tanto se inicie un pleito con una pretensión ya resuelta en una sentencia ejecutoriada previa. Por consiguiente, su objetivo es impedir un nuevo pronunciamiento sobre materias respecto de las cuales ha recaído ya una decisión, motivo por el cual debe indagarse sobre la concurrencia de la identidad entre la cosa pedida y la causa de pedir del



fallo que sirve de sustento a la excepción y aquel en que ésta se opone, por lo que para llevar a cabo tal operación será menester confrontar o comparar los dos procesos involucrados.

Décimo sexto: Es así que la cosa juzgada requiere de la existencia de un fallo anterior firme y, enseguida, que en ambos pleitos haya sido igual la cosa demandada, fundada en la misma causa.

Décimo séptimo: Que, sin embargo, dicha situación no se configura en la especie.

En efecto, en primer lugar y en cuanto atañe a la identidad de la cosa pedida, resulta evidente la discrepancia entre ambos procesos, puesto que en la consulta se buscaba que la judicatura dictaminara si las bases de licitación contenidas en la Resolución N° 272/2014 afectaban o no la libre competencia, cuestión que, en definitiva sería subsanada en caso que Cenabast cumpliera lo ordenado por este tribunal, mientras que en los presentes autos lo discutido se vincula con la necesidad de que se cumpla lo ordenado en su oportunidad, además de declarar que el comportamiento infraccional de Cenabast genera consecuencias en su contra.

Finalmente, y en lo que concierne a la identidad de la causa de pedir, que ha sido definida por el legislador como "*el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio*" y de la que, además, se puede decir que es el antecedente



jurídico o material en que se sustenta el derecho que se reclama, es posible concluir que la misma no coincide en uno y otro proceso, toda vez que, según expresa el recurrente, en el procedimiento no contencioso que le sirve de sustento correspondería al agravio generado por las distorsiones que identifica en las bases de licitación, proponiendo determinadas medidas para subsanarlas, mientras que en la especie las medidas son propuestas a propósito del incumplimiento de lo ordenado por este tribunal en el procedimiento de consulta.

Décimo octavo: Que de conformidad con lo expresado precedentemente no se ha configurado el vicio en análisis, por lo que la excepción en estudio debe ser desestimada.

Décimo noveno: Que, en relación a las alegaciones vinculadas al fondo de lo debatido, conviene analizar el contexto de la sentencia que se acusa incumplida por Cenabast, de acuerdo con lo resuelto por esta Corte el 21 de diciembre de 2017, al acoger la reclamación deducida en contra de lo resuelto por el TDLC- bajo el Rol N° 11.779-2017.

Como puede observarse en ella se estableció que Cenabast es un actor relevante en el canal institucional de venta de medicamentos, conformado por los prestadores institucionales de salud, tanto públicos como privados, que adquieren medicamentos para su uso en el marco de las prestaciones hospitalarias o ambulatorias que otorgan a la



población, erigiéndose así como el principal comprador, a la vez de concentrar una demanda cuya dimensión no puede encontrarse en otros actores de ese rubro, razón por la cual goza de una posición dominante en el mismo. Otra consecuencia es que la satisfacción de la necesidad de abastecer de medicamentos al sector público no puede traer consigo una afectación de la libertad económica de los oferentes, debiendo existir una relación de equilibrio entre las partes, independiente del interés público involucrado en materia de contratación pública. En dicho contexto, se constató la efectividad de que varios establecimientos públicos mantienen deudas morosas con los laboratorios y a pesar de que Cenabast no tiene la facultad para reducir los plazos máximos de pago con que cuentan dichos establecimientos para satisfacer sus deudas con los laboratorios, no es menos cierto que tiene las condiciones para generar incentivos para su pago oportuno y evitar las moras, sin que para ello sea apta la sola posibilidad de solicitar la suspensión del despacho de medicamentos en la forma regulada hasta ese entonces. Lo anterior, precisamente, a través del establecimiento de medidas de control del cumplimiento de las obligaciones de los establecimientos en las bases de licitación.

En este caso, se dijo que obligar a los proveedores a soportar la mora en su patrimonio, produciría una serie de distorsiones dentro del mercado, en vista que,



desincentivaría a los oferentes a competir dada la incertidumbre sobre la obtención del beneficio económico que se pretende lograr, a la vez de producir un aumento en los precios de las ofertas económicas de los participantes de las licitaciones, como consecuencia de que los oferentes estarían en la obligación de considerar la mora al momento de fijar los valores a ofrecer, así como también impediría la entrada al mercado de competidores que no se encuentren en condiciones de soportar el retraso en los pagos o la insolvencia del deudor, funcionando de ese modo como una barrera a la entrada.

Así también, se cuestionó la falta de explicitación en la Resolución N° 272 del destino de los fondos obtenidos por la aplicación de multas por Cenabast a los proveedores, solicitando que esto fuese ajustado. Ello, en atención a que, de acuerdo a la ley que regula a Cenabast, las fuentes de financiamiento de este organismo público no incluyen los montos percibidos por las sanciones aplicadas a los proveedores.

Sobre la base de estas circunstancias se ordenó a Cenabast iniciar **"un proceso de reestudio, revisión y elaboración de las condiciones impuestas a través de las Bases Tipo [...] contenidas en la Resolución Afecta N° 272/2014, oyendo a los laboratorios involucrados y con participación de la Fiscalía Nacional Económica, a fin de arribar a un texto que cumpla con las finalidades antes**



expuestas", en resguardo de las normas sobre libre competencia y el equilibrio entre las partes contratantes.

En otras palabras, Cenabast debía dar inicio a un proceso de evaluación de la Resolución 272/2014, con el objetivo de revisar sus condiciones o elementos a la vez de elaborar una propuesta de bases que eliminara las distorsiones detectadas en el mercado de aprovisionamiento de medicamentos, dispositivos, insumos médicos y alimentos, debiendo oír a los laboratorios además de contar con la participación de la FNE.

Vigésimo: El TDLC, como se adelantó, resolvió el incumplimiento del demandado al no realizar lo ordenado en dicha sentencia, a pesar de haber estado en condiciones para ello, tal cual como sucedió en otras ocasiones que se traen a colación. Es preciso, pues, establecer que el incumplimiento fue constatado por dicho tribunal sobre la base de cuestiones de orden procedimental, pero, al mismo tiempo, también por un aspecto sustancial de la máxima relevancia. Es decir, no se trata de la constatación del desapego a meras formalidades en la actuación de Cenabast, sino que, por el contrario, es la existencia de falencias en el procedimiento adoptado por dicho órgano, sumado a aspectos sustanciales, lo que permite a los jueces concluir el quebrantamiento de lo mandado por esta judicatura.

Vigésimo primero: Por de pronto, en materia procedimental se consideró la ejecución tardía y defectuosa



de la sentencia que culminó el procedimiento no contencioso. La explicación de ello radica en que si bien no se estableció un plazo para dar cumplimiento a lo ordenado, lo cierto es que Cenabast no obró con la debida diligencia y prontitud una vez decretado el cúmplase, esto es, el 2 de enero de 2018, cuestión que, en la especie, no ha sido desvirtuada.

De cualquier modo, si bien el demandado lleva razón al sostener en su reclamo que la ejecución de la medida dispuesta por este tribunal no es instantánea y, a un mismo tiempo, entre otras particularidades, tornaba indispensable escuchar a los laboratorios involucrados y dar participación a la FNE, de tal suerte que, no se trataba de un proceso factible de desarrollar en tan sólo algunos meses, no es menos cierto que, el análisis realizado por el tribunal sobre tal circunstancia, más allá de evidenciar o cuestionar la data de ocurrencia de una serie de sucesos, más bien se circunscribe a poner de relieve aspectos de mayor importancia. De ahí que se enfatiza sobre la demora en dar inicio a la medida decretada por esta judicatura o en la presentación de la propuesta de bases tipo ante el órgano contralor, dando preponderancia además a otras dos peculiaridades. En tanto, por un lado, deja entrever la tardía participación de la FNE, al establecer contacto con dicho organismo sólo a propósito de la presente demanda, mientras que, de otro lado, se considera preponderante lo



sucedido en relación a la segunda propuesta de bases tipo, pues, a pesar del cierre de la investigación por la FNE en febrero de 2021, en marzo de 2022 fue enviada una segunda propuesta al ente de control, es decir, más de cuatro después del cúmplase.

Vigésimo segundo: Que, añade el fallo en revisión que también existe un incumplimiento semejante en cuanto a la intervención de terceros.

Por ello, la premisa del demandado basada en que "*la sentencia recurrida reconoce el cumplimiento*" sobre tales aspectos, no es efectiva.

Es así que un aspecto central del análisis es la intervención de los laboratorios en el proceso de evaluación de las bases de licitación contenidas en la Resolución 272/2014. Precisamente, se hace notar no sólo su escasa participación, según se desprende de los limitados registros sobre las reuniones concertadas entre los laboratorios farmacológicos y Cenabast, sino que, aún peor, se destaca la dificultad injustificada que enfrentaron para ser oídos, con motivo de condicionar la prosecución de su intervención a la entrega de información que no era necesaria, puesto que los datos sobre la morosidad de los establecimientos públicos, además de ser una cuestión zanjada en el procedimiento de consulta, de acuerdo a lo señalado en el considerando décimo noveno, correspondía a información que se encontraba disponible para Cenabast.



Como se puede apreciar la inutilidad de lo pedido por Cenabast quedó en evidencia, pues, paradójicamente la participación de la FNE se basó en los antecedentes proporcionados por aquél organismo, a la vez que, la aparente ausencia de tal información, tampoco fue un impedimento para la elaboración de las bases tipo presentadas más tarde ante el órgano de control.

Lo anterior no logra ser desvirtuado por el demandado, en tanto, en su reclamo se limita a sostener que la participación de los laboratorios se entiende cumplida, teniendo en consideración el lapso en que aquello sucedió, además de "reuniones e intercambio de correspondencia" entre los involucrados, lo cual no es suficiente para modificar lo concluido por el tribunal sobre dicho incumplimiento.

Por las razones anotadas es forzoso concluir, pues, el incumplimiento de lo ordenado por este tribunal, sobre la obligación de oír a los laboratorios involucrados, en la medida que tal exigencia no puede tenerse por satisfecha si se considera que no ha mediado una comunicación eficaz, en vista de ser obstruida sin ningún sustento por el demandado.

Vigésimo tercero: En la misma forma también yerra el demandado al sostener que la sentencia tuvo por cumplida la exigencia que ordena la participación de la FNE, en tanto, justamente, se estableció lo contrario.



Es evidente en este aspecto que la FNE tuvo participación en el proceso ordenado por esta judicatura. Pero, como lo hace notar la sentencia en revisión, lo cuestionable es que dicha participación, tal como se dijo, sólo fue motivada por la interposición de la demanda sub lite, mas no para cumplir lo ordenado por este tribunal, cuestión que, por lo demás, salta a la vista si se considera que la convocatoria de tal organismo ocurrió unos días después de que Asilfa dedujera la presente acción por incumplimiento de lo ordenado por esta judicatura, según consta del Oficio 1.875 de 2 de mayo de la misma anualidad, por el cual fue enviado a la FNE el primero de otros tantos borradores.

Con ello no se pretende desconocer la envergadura del procedimiento puesto en marcha por orden de este tribunal, sino sólo poner de relieve que la participación de la FNE, fue desoída por un largo período, el cual, sólo se vio interrumpido con ocasión de la denuncia formulada por Asilfa.

Demás está decir que el inicio de la revisión y apertura de la investigación respectiva, sólo fue posible a partir del 31 de mayo de 2019 (Oficio N° 1225/2019), sin que la elaboración posterior de diversos borradores desvirtúe tal anomalía.

Vigésimo cuarto: Otro punto más, sin duda, contamina la participación de la FNE, puesto que, pese al cierre de



la investigación que concluyó que las bases tipo contenidas en la Resolución N° 316/2020 se avienen con el mandato de este tribunal, a causa de mitigar las distorsiones otrora identificadas en el procedimiento de consulta, lo cierto es que, con posterioridad, Cenabast envió una segunda propuesta de bases tipo contenidas en la Resolución N° 87/2022, sin que conste su presentación previa ante la FNE.

Vigésimo quinto: Todo esto indica claramente que la sentencia en examen concluye de forma acertada que *"existió un incumplimiento de la Sentencia por parte de Cenabast, al no ejecutarla prontamente ni en la forma exigida por la Excma. Corte Suprema"*, según se lee del considerando sexagésimo cuarto.

Vigésimo sexto: Enseguida, en la segunda parte, es abordado el cumplimiento de lo ordenado en las materias sustanciales. Sobre ello, al igual que en lo procedimental, también se avizora un incumplimiento, según se dirá.

Vigésimo séptimo: Desde ya, conviene tener presente lo informado por la FNE sobre dicho punto, dada la relevancia de su participación, la cual, reconoce las modificaciones realizadas en las bases con el propósito de mitigar las distorsiones que se identificaron en el procedimiento de consulta, en los términos descritos en el fundamento décimo noveno que antecede. Por de pronto, merece recordar que tales distorsiones se vincularon al desincentivo de los oferentes para competir, dada la inseguridad sobre la



obtención del beneficio buscado, además de ocasionar un aumento en los precios de las ofertas en las licitaciones, en la medida que la mora de los establecimientos debería ser incluida en los valores de las ofertas económicas de los proveedores, sin perjuicio de erigirse como una barrera de entrada en relación a competidores que no se encuentran en situación de enfrentar el retraso de los pagos o la insolvencia del deudor.

Vigésimo octavo: Como primer punto, entonces, es importante destacar los cambios en el proceso para solicitar la suspensión de despacho de medicamentos a un establecimiento público que haya incurrido en mora con los proveedores. Así, se debe tener presente que Cenabast se hizo cargo de uno de los principales cuestionamientos formulados en su contra, pues, además de implementar la automatización de las etapas, cuyo inicio se remonta al año 2018, se cambiaron los criterios para conceder o desestimar la petición de los proveedores, relegando de esa manera su discrecionalidad en la materia, a la vez de disminuir los plazos tanto para presentar la solicitud como también para poner en marcha dicho procedimiento.

Vigésimo noveno: En este escenario cobra importancia examinar el mecanismo de suspensión de entrega de medicamentos que se contiene en la Resolución N° 316/2020, vale decir, la primera propuesta de bases tipo, en contraste con aquél de que dan cuenta las Resoluciones N°s



272/2014 y 341/2016 (conocidas éstas últimas como bases intermedias). Es así, que las modificaciones introducidas en la Resolución N° 316/2020 sobre el proceso de suspensión, dotado de mayor objetividad y dinamismo que el anterior, importan la generación de incentivos para el pago regular y oportuno por los establecimientos públicos, disminuyendo el riesgo de mora para los proveedores, a la vez de propiciar un escenario que estimula la participación, competencia, ingreso y mantención de los oferentes en el mercado, como consecuencia de reducir el nivel de incertidumbre de los procesos de licitación en cuestión.

Trigésimo: Que, no menos importante son los cambios en materia de transparencia para con los proveedores, al otorgar mayor publicidad a los actos de Cenabast, el establecimiento de un nuevo catálogo de multas, reduciendo de doce a cuatro los tipos de infracciones y, la fijación del monto de garantía de fiel cumplimiento del contrato, en la medida de que todas estas modificaciones contribuyen al equilibrio en la relación entre los contratantes en estos procesos licitatorios convocados por Cenabast.

Trigésimo primero: Que, a pesar de todo, tal como lo sostiene el TDLC, el problema se presenta porque las bases que eliminaban las distorsiones detectadas en el mercado, en los términos descritos por la FNE en su informe, fueron reemplazadas por las bases contenidas en la Resolución N°



87/2022, sin que su texto haya sido presentado ante la FNE, cuestión que, es de la máxima relevancia si se considera que uno de los aspectos abordados en esta nueva resolución es justamente aquello que se vincula con el procedimiento de suspensión de entrega de medicamentos. Lo anterior, no sólo no se aviene con lo resuelto por esta judicatura de contar con la participación de la FNE en la elaboración de la propuesta de bases, sino que, incluso empeora las condiciones de los proveedores, por cuanto, tal como reconoce el TDLC, establece una salvedad para optar a la mentada suspensión cuando se trata de productos de Programas Ministeriales, modificando de un modo gravoso e injustificado las bases revisadas por la FNE.

Trigésimo segundo: Cabe indicar que el demandado justifica que el reemplazo entre ambas resoluciones se debe a lo obrado por el órgano de control, en particular, porque la Resolución N° 316/2020 fue representada por el Contralor al no ajustarse a derecho. En efecto, es cierto que la resolución en comento fue representada por el Contralor, según se lee del Dictamen N° E186326N22 de 2022, sin embargo, los cuestionamientos acerca de la legalidad de la resolución en exámen, se relacionan con aspectos distintos a aquellos vinculados con el mecanismo de suspensión de entrega de medicamentos, razón por la que, si bien Cenabast estaba obligada a enmendar los puntos sobre los que recayó



la representación, lo cierto es que en ningún caso ello le facultaba para modificar las bases revisadas por la FNE.

Por ello, de lo dicho fluye que el incumplimiento en materia sustancial, es palmario.

Trigésimo tercero: Así pues, a diferencia de lo alegado por el demandado, no es efectivo que el TDLC desestimara sin más las alegaciones de la demandante, centrándose únicamente en la tardanza del procedimiento además de "otros aspectos" que carecen de asidero, puesto que se encuentra demostrado el incumplimiento de lo ordenado en su oportunidad por este tribunal, motivo que unido a los expuestos anteriormente justifica el rechazo de la reclamación.

En cuanto a la reclamación de la demandante.

Trigésimo cuarto: El recurrente sostiene, por una parte, que el TDLC debió imponer una multa en una cuantía superior a la determinada, de manera de sancionar adecuadamente la conducta infraccional de Cenabast, con el propósito de evitar que continúe ejecutando prácticas contrarias a la libre competencia.

Trigésimo quinto: Que, en primer término, no es posible soslayar que el sólo incumplimiento de las medidas previamente definidas por esta judicatura, permite establecer la culpa, puesto que la sentencia infringida establece una serie de condiciones que imponen una conducta exigible a Cenabast, que permite presumir la culpa. Sin



embargo, aún cuando se estime que es improcedente considerar tal presunción, igualmente, por aplicación de las normas que determinan el peso de la prueba, es a la demandada a quien le toca acreditar que el incumplimiento no fue culpable, toda vez que su defensa implica la negación de la culpa, cuestión que no acreditó.

Trigésimo sexto: Que, sin perjuicio de lo señalado, cabe referir que es el propio incumplimiento detectado en los términos descritos, el que evidencia la negligencia de Cenabast, toda vez que, no actuó de manera eficiente, en tanto el avance del procedimiento ordenando por esta judicatura quedó sometido a su sola discreción tal y como ha sido desarrollado más arriba. Ahora bien, lo relevante es que ni siquiera se atiende a la revisión del proyecto efectuada por la FNE, pues termina unilateralmente sin razón alguna, modificando el mecanismo de suspensión de entrega de medicamentos, esgrimiendo una razón que no es efectiva, dejando en evidencia una actuación que no se condice con el nivel de diligencia que le era exigible, en virtud de las especiales condiciones fijadas para su desenvolvimiento en relación a los agentes del mercado, en específico, de cara a los proveedores.

Trigésimo séptimo: Que, si bien la sentencia en revisión desarrolla pormenorizadamente las circunstancias que se consideran relevantes para determinar el quantum de la multa impuesta a Cenabast, valgan como ejemplos, su



capacidad económica, la especificación del destino de las multas aplicadas a los proveedores, la ausencia de beneficio económico para ella, entre otros tópicos, lo cierto es que, en ningún caso puede perderse de vista que, en la especie, su imposición surge a modo de reacción frente a una conducta ilegal en las condiciones anotadas. En este aspecto, se debe señalar además que el actuar de Cenabast en los presentes autos, es juzgada desde la perspectiva de la libre competencia, en tanto es una empresa que tiene un estándar de conducta regulado normativamente y que por lo tanto, en la ejecución de sus actuaciones, debe ser especialmente cuidadoso, máxime si se considera la función que desarrolla. Por consiguiente, la cuantía de la multa a imponer deberá ser aumentada a 500 Unidades Tributarias Anuales.

Trigésimo octavo: En aquello que guarda relación con las medidas solicitadas por el demandante no cabe sino su rechazo, debiendo sujetarse en tal aspecto a lo dicho en el fundamento décimo sexto de la sentencia incumplida (Rol N 11.779-2017).

Trigésimo noveno: Por último, resta señalar que tal como ha sido sostenido por el TDLC, aún cuando es cierto que el poder de compra de Cenabast se ha incrementado, lo cierto es que la conducta de abuso que se denuncia por la demandante, es el motivo que sirve de base para establecer el incumplimiento denunciado en su contra, de tal suerte



que, a diferencia de lo que postula la demandante, no resulta viable reconocer el abuso de posición dominante como una conducta distinta al incumplimiento que se ha constatado.

Cuadragésimo: Que, en las condiciones descritas, esta Corte considera que se debe acoger la reclamación, pero no para los fines propuestos por el demandante, sino que, atendida las particulares condiciones que se dieron en el periodo posterior a la sentencia dictada en el procedimiento consultivo, resulta procedente ordenar el cumplimiento cabal de lo resuelto por este tribunal, dentro de un plazo máximo de 6 meses de notificada la sentencia, debiendo remitirse en las bases de licitación que utilice a las cláusulas contenidas en la Resolución N° 316/202, en lo que se refiere a los aspectos revisados por la Fiscalía Nacional Económica en su Informe N° 2.557-19, sin que las futuras bases de licitación contengan elementos más gravosos para los proveedores que los contenidos en la citada resolución, procurando su utilización efectiva en las futuras licitaciones convocadas por Cenabast. Asimismo, la FNE deberá fiscalizar el cumplimiento de lo resuelto en los términos anotados, el que, por lo demás, deberá ser controlado por el TDLC.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 3 y 26 del Decreto Ley 211 de 1973, **se rechaza** la reclamación deducida por el Consejo de Defensa del Estado y



se acoge la reclamación deducida por la demandante en contra de la sentencia de veintinueve de diciembre de dos mil veintidós, escrita a fojas 1154, sólo en cuanto se declara:

I.- Que la demandada Cenabast incumplió sentencia de 21 de diciembre de 2017 dictada por la Corte Suprema en los autos Rol N° 11.779-2017.

II.- Que se ordena a la recurrida dar cumplimiento irrestricto a la citada sentencia, en los términos que fueron señalados en el fundamento cuadragésimo que antecede, en un periodo máximo de seis meses.

III.- Que, se impone a Cenabast una multa ascendente a 500 Unidades Tributarias Anuales.

IV.- Culminado el proceso ordenado, adoptada la resolución final, ésta deberá ser comunicada además al TDLC.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo de la Ministra Suplente señora Lusic.

Rol N° 17.840-2023.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Mario Carroza E., Sr. Jean Pierre Matus A., y la Ministra Suplente Sra. Dobra Lusic N. No firman el Ministro Sr. Carroza y la Ministra Suplente Sra. Lusic, no obstante haber concurrido ambos a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar con permiso el



primero, y haber cesado en su suplencia la segunda.
Santiago, 14 de junio de 2024.



Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sergio Manuel Muñoz G., Adelita Inés Ravanales A., Jean Pierre Matus A. Santiago, catorce de junio de dos mil veinticuatro.

En Santiago, a catorce de junio de dos mil veinticuatro, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

