

**REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**SENTENCIA N° 184/2022**

Santiago, veintinueve de diciembre de dos mil veintidós.

**VISTOS:**

**I. Demanda de la Asociación Industrial de Laboratorios Farmacéuticos A.G.**

1. A fojas 58, la Asociación Industrial de Laboratorios Farmacéuticos A.G. (“Asilfa” o la “Demandante”) interpuso una demanda contra la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud (“Cenabast” o “Demandada”), institución dependiente del Ministerio de Salud. La acusa de haber incumplido la sentencia de la Excm. Corte Suprema de 21 de diciembre de 2017 dictada en autos Rol C.S. N° 11.779/2017 (“Sentencia”), que le ordenó iniciar un proceso de reformulación de las bases de licitación tipo para la adquisición de medicamentos, contenidas en su Resolución N° 272/2014 de 29 de julio de 2014 y resoluciones modificatorias (“Resolución N° 272/2014” o “Bases reprochadas”); y que abusó de su posición de dominio al continuar licitando y ejecutando licitaciones adjudicadas de acuerdo a los términos de las Bases reprochadas que la Sentencia ordenó modificar y al haber replicado y empeorado las bases tipo posteriores, contenidas en la Resolución N° 341/2016 de 29 de diciembre de 2016 (“Resolución N° 341/2016” o “Bases intermedias”), infringiendo así el artículo 3° incisos primero y segundo, en su literal b) del Decreto Ley N° 211 (“D.L. N° 211”).

1.1 Expone que la Sentencia ordenó a Cenabast iniciar un proceso de reformulación de las bases tipo y resoluciones modificatorias a fin de arribar a un texto que cumpla con la finalidad de resguardar las normas de libre competencia y el debido equilibrio de oferentes y demandantes en el mercado relevante, oyendo a los laboratorios involucrados y con participación de la Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o “Fiscalía”). Lo anterior, atendido que, de acuerdo a la Sentencia, constituían: (i) un abuso de la posición dominante de la demandada al hacer soportar a los proveedores las consecuencias de la mora e insolvencia de las instituciones de salud del sector público; (ii) una barrera de entrada al mercado del aprovisionamiento de medicamentos a instituciones públicas de salud relevante a efectos de estos autos; y (iii) un desequilibrio anticompetitivo entre los derechos de oferentes y demandantes en el mercado relevante, a lo que llaman “la Afectación”.

1.2 La Demandante agrega que la Sentencia conforme a los considerandos que cita, habría detectado diez distorsiones provocadas por las Bases reprochadas, las que se traducirían en que ellas: (i) afectarían la libertad económica de los proveedores al establecer condiciones de mercado que les obligan a soportar la mora e insolvencia de las instituciones (c. 10° y 16°); (ii) constituirían una barrera de entrada ya que tienden a concentrar el mercado en quiénes están en condiciones de soportar retrasos e insolvencia (c. 10°); (iii) no contemplarían incentivos para el pago oportuno de las

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

instituciones, ni Cenabast habría generado un escenario competitivo (c. 16°); (iv) considerarían la regulación de plazos de pago a proveedores que incrementan las barreras de entrada, lo que habría devenido en un aplazamiento generalizado en las nuevas bases, puesto que agregan al plazo base de 30 días para el pago, un periodo adicional de laxitud de otros 30 días (c. 16°); (v) contendrían un mecanismo de autorización discrecional de corte de despachos de medicamentos a instituciones morosas (c. 11°); (vi) no contemplarían el devengamiento de intereses como modo de incentivar el pago de instituciones (c. 11°); (vii) contemplarían un estatuto de derechos y obligaciones desequilibrado con múltiples obligaciones y garantías exigibles a proveedores, con multas aplicables a ellos y con Cenabast como juez y parte; (viii) denotarían un interés de Cenabast en aplicar multas a proveedores, lo que eliminaría la neutralidad sancionatoria (c. 13°); (ix) contendrían multas a proveedores acumulables y no tendrían proporcionalidad; y (x) no contendrían una adecuada publicidad de las decisiones de Cenabast, lo que afectaba los derechos de proveedores y habría dispersión de los documentos que regulan tales derechos y obligaciones.

1.3 En particular, Asilfa sostiene que la Demandada ha incumplido la Sentencia, ya que el proceso que supuestamente inició nunca tuvo por finalidad arribar a un nuevo texto que cumpliera los objetivos previstos en ese fallo, pese a contar con la colaboración de la Demandante y del resto de las entidades invocadas para su cumplimiento, lo que sostiene en base a los argumentos que se exponen a continuación, y que se refieren al curso de los hechos posteriores a la Sentencia.

1.4 El 8 de enero de 2018, a través de una carta, Asilfa habría solicitado una reunión con Cenabast en relación con la Sentencia, cuyo “cúmplase” había sido dictado seis días antes. Asimismo, indica que una carta de iguales términos habría sido enviada a la FNE y que, a propósito de la misma se llevó a cabo una reunión con el Fiscal Nacional Económico el 19 de enero de 2018, que versó sobre dicho cumplimiento.

1.5 Luego, el 20 de abril de 2018, Asilfa se habría reunido con Cenabast, indicando que en dicha ocasión buscó establecer una metodología de trabajo considerando que los objetivos de la modificación de las Bases reprochadas se encontraban planteados en la Sentencia. Agrega que se acordó tener reuniones con las asociaciones gremiales concernidas, Asilfa y la Cámara de Innovación Farmacéutica A.G. (“CIF”), e invitar a Productores Locales de Medicamentos A.G. (“Prolmed”). Además, sostiene que Cenabast solicitó que se le informara periódicamente por los asociados de CIF y Asilfa de las instituciones y montos adeudados.

1.6 Continuando con su relato, señala que el 21 de junio de 2018, hizo entrega a Cenabast de una propuesta de diez medidas, mediante audiencia solicitada en virtud de la Ley N° 20.730 (“Ley de Lobby”) y que el 13 de julio de 2018 por medio de un correo

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

electrónico, la Demandada informó que esta propuesta sería revisada a nivel directivo la semana siguiente. Asevera Asilfa que, sin embargo, nunca recibió respuesta formal de Cenabast a esta propuesta.

1.7 Afirma que posteriormente el 12 de julio de 2018, a través de un correo electrónico se envió al director de Cenabast Christian Venegas un calendario para la organización de las tres siguientes reuniones de trabajo. El 18 del mismo mes, Cenabast habría respondido que para sostener dichas reuniones era imprescindible contar con la información de la deuda que había solicitado en abril. El día 23 de julio de 2018, Asilfa le habría señalado a la Demandada que la información sobre la deuda era inútil para analizar la mayoría de las medidas propuestas.

1.8 Según lo indicado por la Demandante, el 3 de agosto de 2018 se reunió con Cenabast, y en esa instancia esta habría solicitado que la información de deuda se entregara en un formato uniformado. Agrega que el 28 de agosto del mismo año habría enviado el nuevo formato y que ese mismo día solicitó una nueva reunión, a lo que la Demandada habría respondido que no era posible mientras no contaran con la información de la deuda real en el formato requerido. Atendida la insistencia de Cenabast respecto de la información de la deuda, Asilfa señala que le hizo presente que esa información estaba en manos del Minsal, según la glosa 10 de la Ley de Presupuesto de 2018, que disponía que este ministerio debía informar a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos, el estado de la deuda hospitalaria del país, desglosada por Servicio de Salud, Centro de Salud, tipo de prestador y número de días de retraso en el pago.

1.9 Un hito adicional que relata se refiere a que el 26 de septiembre de 2018, Cenabast habría anunciado que ingresó nuevas bases de licitación contenidas en la Resolución N° 341/2016 a la Contraloría General de la República ("CGR"). Al respecto, el 19 de octubre del mismo año Asilfa indica que le solicitó a Cenabast detallar el contexto de dicho anuncio, a lo que no tuvo respuesta. Finalmente, el 29 del mismo mes, la Demandante habría recibido una carta de la Demandada, que le indicaría que las bases de licitación ingresadas a la CGR eran modificaciones a las Bases reprochadas.

1.10 Concluye señalando que el 7 de diciembre de 2018 Cenabast citó a la Demandante a una reunión en sus oficinas en la cual Juan Carlos Corbeaux, director de Cenabast, habría afirmado que no se incorporaría a las bases tipo ningún tipo mecanismo de suspensión de instituciones morosas críticas del sistema de licitaciones para evitar la Afectación. Esta se produjo, según Asilfa, porque las bases tipo no indicaba los requisitos mínimos de comportamiento de pago que las instituciones debían cumplir para poder participar en los procesos licitatorios de la Demandada, ni derechos autónomos que permitieran a los proveedores defenderse de este riesgo. Agrega que, en relación con las otras nueve medidas propuestas para el cumplimiento de la Sentencia, Cenabast habría

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

sostenido que no tenía por qué hacer lo que la Demandante estaba proponiendo y, *“que ya estaba cumpliendo la Sentencia por el solo hecho de permitir a los laboratorios estar sentados en una mesa de trabajo”*.

1.11 En relación con lo descrito en los párrafos precedentes, Asilfa sostiene que la información de deuda nunca fue imprescindible para modificar las Bases reprochadas, pues la Demandada pudo realizar cambios sin contar con ella.

1.12 En cuanto a la segunda acusación de abuso de posición de dominio, sostiene que se verían perpetuadas las diez distorsiones señaladas precedentemente en el párrafo 1.2, por cuanto, en primer lugar, Cenabast continuaría licitando y ejecutando aquellas licitaciones adjudicadas de acuerdo a los términos de las Bases reprochadas, y, en segundo término, al aplicar las Bases Intermedias, según habría confirmado mediante información obtenida en virtud de la Ley de Lobby el 20 abril de 2018. Estas nuevas bases, a juicio de Asilfa, habrían replicado y empeorado los términos de las Bases reprochadas en la Sentencia.

1.13 Asimismo, indica que la posición dominante de Cenabast, desde la dictación de la Sentencia se habría visto reforzada con la entrada en vigencia de la Ley de Presupuesto de 2019, la cual establece que al menos el 80% de una canasta de medicamentos por Cenabast y la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Minsal debe ser provista por la Demandada.

1.14 En relación con el mercado relevante, se remite a aquel definido en la Sentencia, a saber, el *“aprovisionamiento de medicamentos e insumos médicos a instituciones públicas de salud”*, y señala que en ella se habría constatado la posición dominante de Cenabast.

1.15 Asilfa, solicita a este Tribunal que ordene a Cenabast la incorporación al sistema de licitaciones de las siguientes diez medidas:

- (i) Se suspenda de participar en licitaciones a establecimientos de salud que mantengan deudas vencidas por más de 120 días y que excedan las 1.500 Unidades de Fomento; y, que no hayan suscrito convenios de pago con sus acreedores o no estuvieren al día en otros pagos;
- (ii) Dar un plazo de 15 días a los establecimientos para regularizar sus pagos, una vez incurrida en mora. De no regularizarlo, el proveedor tendrá derecho a suspender la entrega de medicamentos;
- (iii) Permitir que el proveedor utilice el mecanismo de suspensión de entrega de medicamentos una vez vencida la deuda, requiriendo que Cenabast notifique al establecimiento;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

- (iv) En caso de que un establecimiento incurra en mora, aplicar un interés igual al corriente, conforme a la Ley N° 18.010;
  - (v) Todos los actos de Cenabast se encuentren en las bases y que se le presente una propuesta de bases a la FNE para que haga sus comentarios, con un plazo de 90 días para incorporarlos;
  - (vi) Prohibir que Cenabast ingrese a su patrimonio los valores de las multas que aplique a los proveedores por incumplimiento de las bases;
  - (vii) Cada multa esté estrictamente fundada en el daño que produce el incumplimiento por parte del proveedor;
  - (viii) Cenabast publique vía oficio o resolución todo acto que pueda afectar las obligaciones o derechos de los proveedores;
  - (ix) Prohibir a Cenabast introducir cualquier cláusula que pueda neutralizar las medidas que este Tribunal estime conveniente aplicar; y,
  - (x) Todas aquellas medidas que este Tribunal estime convenientes.
- 1.16 Finalmente, Asilfa en el petitorio de la demanda solicita a este Tribunal que:
- (i) Declare que Cenabast ha infringido el artículo 3° inciso primero del D.L. N° 211 al no cumplir la Sentencia;
  - (ii) Declare que Cenabast ha infringido el artículo 3° inciso segundo letra b) del D.L. N° 211 al abusar de su posición dominante mediante la ejecución del comportamiento infraccional que ha descrito;
  - (iii) Ordene la incorporación a las Bases intermedias contenidas en la Resolución N° 341/2016 las diez medidas singularizadas en el párrafo 1.15 o las que este Tribunal estime conforme a derecho;
  - (iv) Ordene la incorporación al sistema de licitaciones de las diez medidas singularizadas en el párrafo 1.15, o las que este Tribunal estime conforme a derecho;
  - (v) Ordene a Cenabast el cese de su abuso de posición dominante bajo el apercibimiento de ser considerada reincidente;
  - (vi) Imponga a Cenabast una multa equivalente a 2.500 unidades tributarias anuales por la infracción referida al incumplimiento de la Sentencia o el monto que este Tribunal estime conforme a derecho;
  - (vii) Imponga a Cenabast, adicionalmente, una multa equivalente a 2.500 unidades tributarias anuales por la infracción referida a las conductas de

**REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

abuso de posición dominante o el monto que este Tribunal estime conforme a derecho; y,

(viii) Condene a la Demandada al pago de las costas.

**II. Contestación de la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de  
Servicios de Salud**

2. A fojas 457 Cenabast contesta la demanda solicitando su total rechazo, con costas, y opone la excepción de cosa juzgada parcial.

2.1. La cosa juzgada parcial es opuesta por cuanto siete de las diez distorsiones que identifica Asilfa en su demanda habrían sido objeto de pronunciamiento en la Sentencia de la Excma. Corte Suprema. En particular, señala que las distorsiones respecto de las cuales opone la excepción serían las contenidas en los números románicos (iv) a (x), señalados en el párrafo 1.15 precedente.

2.2. En el mismo orden de ideas, asevera que la Excma. Corte Suprema solo acogió parcialmente la reclamación deducida en contra de la Resolución N° 50/2017 dictada en los autos Rol NC N° 432-15 seguidos ante este Tribunal, señalando que solo se hizo cargo tangencialmente de las distorsiones contenidas en los románicos (i) a (iii), del citado párrafo 1.15.

2.3. Indica que, atendido lo anterior, la discusión de autos solo debe limitarse a la mora en el pago, sin extenderse a los otros puntos planteados por Asilfa.

2.4. En segundo lugar, argumenta que la demanda debe ser rechazada por sustentarse en la simple ejecución de un acto administrativo válido no impugnado. Al respecto sostiene que las Bases intermedias contenidas en la Resolución N° 341/2016 tomadas de razón el 8 de marzo de 2018, fueron dictadas según Cenabast en atención a temas técnicos relacionados con los lineamientos de la autoridad sanitaria para fármacos biológicos y similares. Así, las Bases intermedias no habrían sido tenidas a la vista en el fallo de la Excma. Corte Suprema, puesto que las reclamadas en su oportunidad por Asilfa en el procedimiento de consulta Rol NC N° 432-15, fueron las Bases reprochadas contenidas en la Resolución N° 272/2014.

2.5. Respecto del punto anterior, añade que la modificación de las Bases intermedias obedeció a temas técnicos relacionados con los lineamientos de la autoridad sanitaria para fármacos bioequivalentes, biológicos y similares, no relacionados con lo ordenado por la Excma. Corte Suprema, detallando en su presentación todos los cambios que habrían sufrido las Bases reprochadas. En otras palabras, las referidas bases, a juicio de Cenabast, no eran las que pretendían dar cumplimiento a lo ordenado por la Excma. Corte Suprema.

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

2.6. A continuación, sostiene que la demanda carecería de objeto y causa en cuanto se dirigiría erróneamente en contra de actos administrativos inconexos. Indica que la acción debió dirigirse contra el proyecto de bases de licitación que en el momento que se contestó la demanda se encontraba en estudio por la FNE, esto es las bases contenidas en la Resolución N° 316/2020 (“Resolución N° 316/2020” o “Bases revisadas por la FNE”) y, que precisamente responderían a la gestión del cumplimiento del fallo de la Excma. Corte Suprema.

2.7. Del mismo modo, arguye que el proceso de cumplimiento del fallo se encontraba en plena ejecución, por lo que la demanda carecería de objeto. Al respecto, indica que el proceso de adecuación del sistema de licitación pública y las bases de licitación tipo que lo regulaban aún no concluía, por ello no era posible afirmar que existía un acto administrativo terminal que tuviera la virtud de dar por finalizado un procedimiento administrativo; ello, según los términos de los artículos 18, 40 y 41 de la Ley N° 19.880.

2.8. A su juicio, la Demandante pretendería arrogarse potestades públicas, toda vez que lo que Asilfa buscaría sería redactar las nuevas bases a su medida, desconociendo el rol que le asignó la Excma. Corte Suprema, consistente en ser oídos por Cenabast.

2.9. A continuación, se refiere a la naturaleza jurídica y las funciones de la Demandada, afirmando que, en cumplimiento de ellas, debe iniciar procedimientos de programación de compra para todos aquellos establecimientos que lo requieran y que integren el Sistema Nacional de Servicios de Salud o adscriban a él.

2.10. Explica que tal demanda de productos, luego de ser consolidada, deriva en llamados a licitaciones u otros procedimientos de compra, según lo que corresponda legalmente. Así, sostiene que Cenabast tendría, por una parte, una relación jurídica con el proveedor, establecida en las respectivas bases, por medio de un contrato firmado y aprobado por una resolución administrativa y, por otra, una relación jurídica entre Cenabast y el establecimiento que integre el Sistema Nacional de Servicios de Salud o adscriba a él, evidenciada en un documento jurídico diferente, que sería el mandato de compra.

2.11. De este modo, esgrime que la demanda yerra en su objeto y pretensión, en cuanto apunta a modificar un marco regulatorio, como las bases de licitación, que reglamenta únicamente la relación entre Cenabast y los oferentes y proveedores; prescindiendo de la existencia de un segundo orden normativo que regula la relación entre Cenabast y los organismos públicos requirentes.

2.12. Luego, señala que la elaboración de un sistema de licitación pública destinado a regir durante un periodo indefinido y extenso, no una única licitación, sino que todas las

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

adquisiciones efectuadas por el canal Cenabast respecto de todos los organismos requirentes, no es un proceso que pueda tardar un par de meses.

2.13. Continúa su exposición refiriéndose ahora a la primera imputación de incumplimiento de la Sentencia. Al respecto, indica que la Excma. Corte Suprema los obligó a: (i) iniciar un proceso de reestudio, revisión y elaboración de las Bases reprochadas contenidas en la Resolución N° 272/2014; (ii) a oír a los laboratorios involucrados; y (iii) hacer participar a la FNE. Estas no serían obligaciones de resultado, en tanto la Sentencia no determina ningún contenido explícito de las nuevas bases, sino que más bien, estableció un protocolo a fin de arribar a un texto que cumpla el objetivo de resguardar el cumplimiento de las normas sobre libre competencia y el debido equilibrio de oferentes y demandantes.

2.14. La Sentencia configuró y delimitó el contenido de las modificaciones que Cenabast debía enfrentar, remitiéndose a lo señalado respecto de la excepción de cosa juzgada a que se refiere en los párrafos 2.1 a 2.3. Por ello, tal como se mencionó *supra* sostiene que la discusión de autos solo puede limitarse a cada uno de los aspectos referidos en la Sentencia y que dicen relación especial con la mora en el pago a proveedores, sin poder extenderse a otros puntos, como pretendería Asilfa al plantear diez infracciones e igual número de medidas correctivas.

2.15. En cuanto al incumplimiento denunciado y, en particular, a la extensión del proceso de cumplimiento del fallo, asevera que no existiría retraso por parte de Cenabast. Ello, a su juicio, por cuanto la obligación impuesta no es de ejecución instantánea, sino que requiere del cumplimiento de distintas etapas, alegando que *“ha permanecido en un estado permanente de cumplimiento del fallo”*. Señala, como ejemplo, las siguientes actividades: escuchar a los laboratorios, recibir información, procesar dichos antecedentes, generar instancias de discusión, elaborar nuevos modelos procedimentales y calificar su pertinencia, proyectar sus eventuales efectos, redactar concretamente las nuevas normas y determinar en qué aspectos se procederá a efectuar las reformas, y hacer participar a la FNE, entre otros.

2.16. Sostiene que el proceso interno se materializó el 20 de abril de 2018 cuando Cenabast habría comenzado una serie de reuniones con representantes de laboratorios con el fin de consensuar distintos puntos de las nuevas bases de licitación, a la luz de lo ordenado por la Excma. Corte Suprema.

2.17. Luego, en cuanto al cumplimiento en la forma, esgrime que ha cumplido a cabalidad todas las indicaciones de la Excma. Corte Suprema y, que, a la fecha de la contestación de la demanda, se encontraba en proceso de aprobación de unas nuevas bases tipo, tanto para medicamentos como para insumos. Que oyó a los laboratorios e hizo partícipe a la FNE. Respecto de la participación de esta última entidad, ello se habría

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

materializado remitiendo el Oficio N° 1875 de Cenabast, de 2 de mayo de 2019, el cual adjuntaba el primer borrador de las nuevas bases.

2.18. Respecto de la participación de los laboratorios, indica que habría dado cumplimiento a lo ordenado por la Excma. Corte Suprema por medio de la realización de reuniones, comunicaciones e intercambios de modo de asegurar su participación. Que habría realizado la primera reunión el 20 de abril de 2018, y detalla en su presentación diversas reuniones y comunicaciones sostenidas con los laboratorios hasta el mes de diciembre de 2019.

2.19. En relación con los aspectos de fondo de las imputaciones realizadas por Asilfa, señala que primero realizó un análisis de la morosidad de las instituciones en base a la información enviada por los laboratorios para evaluar la creación de una base para alimentar su sistema de gestión denominado SAP, lo que finalmente no se implementó atendida la inversión que significaba y que la mora informada por los laboratorios, según Cenabast, era marginal.

2.20. Señala que un primer estudio no arrojó resultados relevantes para el mercado, por lo que pidió más información el 21 de diciembre de 2018 para hacer uno nuevo. Sostiene que Asilfa no habría entregado esta información.

2.21. Continuando con su exposición, en relación con los plazos, señala que por disposición normativa estos serían inmutables según la interpretación que la Demandada realiza de la Sentencia, citando al efecto el considerando 12° de la misma, que establece que no es posible alterarlos en perjuicio de la Administración.

2.22. Luego, se refiere a las multas, e indica que lo ordenado por la Excma. Corte Suprema fue aclarar el destino de los dineros recibidos por este concepto que cobra Cenabast a sus proveedores por incumplimiento contractual. Agrega que solicitó dicha información a la Dirección de Presupuestos (“Dipres”) e indica que las bases sometidas a conocimiento de la FNE rebajaban el monto de las multas aplicables. Además, sostiene que se incorporó un desarrollo en el sistema SAP que permitía pesquisar los incumplimientos para evitar multas en desfase.

2.23. En cuanto a pretensión de la Demandante relativa a las suspensiones de entrega, esgrime que ello no fue expresamente recogido en la Sentencia. Sin embargo, señala que para reducir la mora habría tomado medidas al efecto y que las nuevas bases sometidas a conocimiento de la FNE establecían un mecanismo *online* más expedito para solicitar la suspensión.

2.24. Ahora bien, sostiene que no es posible garantizar un derecho autónomo de los proveedores de suspender la entrega de medicamentos, atendido el interés público comprometido.

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

2.25. Por otra parte, indica que habría realizado otras gestiones para permitir mayor competencia en los procedimientos de licitaciones públicas, simplificando aspectos que favorecerían a pequeños laboratorios, tales como la eliminación de requisitos de certificación, reducción del inventario a 15 días, considerando que antes de las Bases intermedias era de un mes a 45 días, y una rebaja en el porcentaje de la garantía de seriedad de la oferta.

2.26. En relación con la acusación de abuso de posición dominante, arguye adicionalmente que no se configura el ilícito anticompetitivo, pues no habría daño a la competencia y, en subsidio, los objetivos de política pública justificarían cualquier supuesta restricción a la libre competencia. Añade que los actos discrecionales de la Administración del Estado no deben ser analizados económicamente de un modo análogo a los abusos unilaterales de posición dominante. La administración no abusa de un poder de dominio, explotativo o exclusorio, sino que puede generar una distorsión en el mercado en pos de la consecución de un determinado objetivo de política pública, para lo cual cita la Sentencia N° 105/2012.

2.27. Finalmente, en subsidio, solicita que se rechace la condena en multas o se fije en un menor rango.

**III. Llamado a conciliación**

3. A fojas 677, se citó a audiencia de conciliación, resultando frustrado dicho trámite.

**IV. Resolución que recibe la causa a prueba**

4. A fojas 696, se dictó la resolución que recibió la causa a prueba, la que quedó firme a fojas 729. En ella se fijaron como hechos substanciales, pertinentes y controvertidos los siguientes:

1) *Efectividad que Cenabast haya efectuado un proceso de reestudio, revisión y elaboración de las condiciones impuestas en las Bases Tipo contenidas en la Resolución Afecta N° 272/2014, oyendo a los laboratorios involucrados y con participación de la Fiscalía Nacional Económica, cuyo fin haya sido el arribar a un texto que cumpla con las finalidades impuestas en la Sentencia de la Excma. Corte Suprema de 21 de diciembre de 2017 ("Sentencia"). En particular:*

- i. Inicio del proceso, fecha y contenido de las reuniones sostenidas con los laboratorios;*
- ii. Efectividad que la demandante realizó propuestas a Cenabast sobre modificaciones a las referidas Bases Tipo y que éstas no fueron respondidas por la demandada; y*

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

*iii. Efectividad que Cenabast contaba, al menos, al cierre del ejercicio 2018, con la información de morosidad por clientes y plazos de pago.*

*2) Estructura, características y condiciones de competencia en el o los mercados en que incidiría la conducta de abuso de posición dominante imputada, desde enero de 2018 a la fecha de interposición de la demanda.*

*3) Efectos en la competencia de la aplicación de las Bases Tipo contenidas en la Resolución Afecta N° 272/2014 y de las modificaciones realizadas a las mismas, contenidas en la Resolución Afecta N° 341/2016.*

**V. Antecedentes probatorios**

**5. Prueba documental:**

5.1. Asilfa acompañó la siguiente prueba documental al cuaderno principal: a fojas 58, copia de la sentencia de la Excm. Corte Suprema, dictada en el Rol N° 11.779-2019 el 21 de diciembre de 2017. A fojas 638, acompañó (i) copia de la Resolución N° 272/14 de 29 de julio de 2014 de Cenabast que aprueba las Bases administrativas y técnicas tipo por las que se regirán los procesos de licitación para la adquisición de fármacos, dispositivos médicos e insumos o alimentos, bajo la modalidad de “distribución directa” destinados al apoyo del ejercicio de acciones de salud, y (ii) copia de la Resolución N° 341/14 de 29 de diciembre de 2016, que aprueba las Bases Administrativas y Técnicas Tipo por las que se Regirán los Procesos de Licitación para la Adquisición de Productos Farmacéuticos, Cosméticos y/o Alimentos de Uso Médicos, Destinados al Apoyo del Ejercicio de Acciones de Salud. A fojas 675, acompañó documento generado por solicitud vía Ley de Lobby de fecha 26 de julio de 2019 con información de (i) reuniones de Christian Venegas Tudela, (ii) reuniones de Juan Carlos Corbeaux, y también (iii) de Cenabast en diciembre de 2018. A fojas 859, acompañó (i) carta presentada por Ricardo Ilhe en representación de Asilfa ante Cenabast, recibida el 9 de enero de 2018, y (ii) carta presentada por la misma persona ante la Fiscalía Nacional Económica, también el 9 de enero de 2018. A fojas 874, acompañó (i) Informe Final de Auditoría a Cenabast por la CGR de 12 de marzo de 2015, (ii) Escrito de consulta de Asilfa de 16 de noviembre de 2016, (iii) Informe de Auditoría 199-2014 de la CGR a Cenabast, (iv) Evaluación Comprehensiva del Gasto de Cenabast (periodo 2004-2010). Informe final Resumen Ejecutivo, elaborado por Capablanca Limitada, de enero 2012, (v) Escrito aporta antecedentes de la consultante, presentado como antecedente cuarto el 4 de febrero de 2016 en la consulta ante la CGR, (vi) Escrito aporte de antecedentes de la consultante 2 presentado el 5 de febrero de 2016 a fojas 800 de la consulta, (vii) Escrito aporte antecedentes de la FNE a la consulta, (viii) Escrito se tenga presente presentado por Asilfa el 22 de junio de 2016 a fojas 733 en la Consulta, (ix) Ordinario N° 1.815 de 13 de mayo de 2016 de Cenabast de fojas 948, y (x) escrito cumple lo ordenado de 20 de mayo

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

de 2016 de Cenabast de fojas 954. A fojas 1054, acompañó (i) Oficio Ordinario N° 3.949 de Cenabast, de 15 de septiembre de 2021, (ii) Resolución Exenta N° 5340 de Cenabast, de 3 de noviembre de 2021, y (iii) Archivo denominado “*Respuesta\_ AO003T0001618*” Metadata 15 de noviembre de 2021. A fojas 1059, acompañó (i) Convenio de Colaboración e Intercambio de Información entre la Fiscalía Nacional Económica y Cenabast de 25 de febrero de 2014, (ii) Oficio Ord N° 1607 / 15-11-2021 de la Fiscalía Nacional Económica, (iii) Código de Ética de Cenabast, (iv) documento denominado “*Archivo 258-2018 108-2019 336-2019\_y\_151-2020\_Modifican\_Res\_Afecta\_341-*”, (v) Cadena *e-mails* intercambiados con la FNE bajo el asunto RE: Cumplimiento Sentencia Excma. Corte Suprema Rol No 11.779/2017, (vi) Cadena *e-mails* intercambiados con Cenabast bajo el asunto “*RE: Formato para datos de morosidad*”, (vii) Cadena *e-mails* intercambiados con Cenabast bajo el asunto “*RE: Formato para datos de morosidad (2)*”, (viii) Cadena *e-mails* intercambiados con Cenabast bajo el asunto “*RE: Calendario Reuniones Cumplimiento Fallo Corte Suprema*”, (ix) Cadena *e-mails* intercambiados con Cenabast bajo el asunto “*RE: Calendario Reuniones Cumplimiento Fallo Corte Suprema (2)*”, y (x) Cadena *e-mails* intercambiados con Cenabast bajo el asunto “*RE: Calendario Reuniones Cumplimiento Fallo Corte Suprema (3)*”. A fojas 1097, acompañó (i) Resolución Afecta N° 87 de fecha 23 de marzo de 2022 de Cenabast, (ii) Ordinario de Cenabast N° 1488 de fecha 24 de marzo de 2022, y (iii) Oficio de la CGR E18632612022 de fecha 17 de febrero de 2022.

5.2. Cenabast acompañó la siguiente prueba documental al cuaderno principal: a fojas 457, (i) Bases de la Resolución Afecta N° 272/2014 y sus modificaciones, (ii) Bases de la Resolución Afecta N° 341/2016 y sus modificaciones, (iii) Oficio N° 1875 de 2 de mayo de 2019 enviado a la FNE, (iv) Oficio Ordinario N° 1225 de 31 de mayo de 2019 emitido por la FNE, (v) acta de reunión Ley de Lobby de 20 de abril de 2018, (vi) acta de reunión de *lobby* de fecha 21 de junio de 2018, (vii) acta interna de reunión con presentación de resultados a las asociaciones gremiales de laboratorios de 7 de diciembre de 2018, y (viii) Carta de CIF, Guillermo Valdés Fernández, con manifestación de conformidad. A fojas 1097, acompañó (i) Resolución Afecta N° 87 de fecha 23 de marzo de 2022 de Cenabast; (ii) Ordinario de Cenabast N° 1488 de fecha 24 de marzo de 2022 que ingresa a la Contraloría General de la República para toma de razón, la Resolución Afecta de Cenabast N° 87 de fecha 23 de marzo de 2022; y (iii) Oficio de la Contraloría General de la República de fecha 17 de febrero de 2022.

**6. Exhibiciones de documentos:**

6.1. Cenabast, en audiencia cuya acta rola a fojas 866 del cuaderno principal, exhibió a solicitud de Asilfa, 54 documentos que formarían parte del expediente administrativo del proceso que la Sentencia de la Excma. Corte Suprema le ordenó a Cenabast que

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

iniciara, que se individualizan a continuación: Oficio Ordinario N° 4114 con fecha 17 de noviembre de 2020, Oficio Ordinario N° 1439 con fecha 6 de agosto de 2020, Oficio N° 3524 con fecha 24 de octubre de 2021, Oficio N° 4279 con fecha 25 de octubre de 2021, Oficio Ordinario N° 2378 con fecha 20 de julio de 2020, Oficio Ordinario N° 4197 con fecha 2 de diciembre de 2020, Oficio Ordinario N° 1933, con fecha 19 de octubre de 2020, Oficio N° 33 con fecha 9 de julio de 2020, Minuta Consejo de Defensa del Estado sobre cambios en las bases, Minuta suspensión de entregas Cenabast con fecha mayo 2019, Minuta sobre oposición parcial a la entrega de información en el marco de la solicitud realizada a la Fiscalía Nacional Económica, Minuta análisis cálculo morosidad, Resolución Afecta N°316 con fecha 17 de noviembre de 2020, Bases último borrador, Bases con fecha 8 de junio de 2020, Bases con fecha 15 de octubre de 2021, Fundamento Bases Generales, Propuesta de bases de licitación Cenabast de diciembre de 2019 con fecha abril 2020, Acuse recibo de solicitud de acceso a la información Ley de transparencia AH005T0000691 con fecha 16 de octubre de 2020, Deuda proveedores cierre 2018 con fecha mayo 2019, Deuda proveedores Asilfa, con fecha 7 de diciembre de 2018, Resumen deuda proveedores, Pauta conversaciones Asilfa, Correos con asociaciones gremiales, con fechas 15 de mayo de 2020; 14 de julio 2020; 14 de agosto 2020; 24 de febrero de 2021; 2 de marzo de 2021; 20 de abril de 2021, Propuesta información proveedores, Ley del Lobby - Audiencias año 2018 Audiencia AO003AW0446045, Ley del Lobby - Audiencias año 2018 Audiencia AO003AW0484040, Asistencia reunión modificación bases generales del 27 y 28 de noviembre de 2019, Acta de reunión con asociaciones gremiales, con fecha 7 de diciembre de 2018, Acta de reunión coordinación con fecha 1 de junio de 2018, Acta de reunión coordinación con fecha 5 de octubre de 2018, Acta de reunión coordinación con fecha 6 de julio de 2018, Acta de reunión coordinación con fecha 7 de septiembre de 2018, Acta de reunión coordinación con fecha 8 de junio de 2018, Acta de reunión coordinación con fecha 9 de noviembre de 2018, Acta de reunión coordinación con fecha 17 de enero de 2019, Acta de reunión coordinación con fecha 12 de octubre de 2018, Acta de reunión coordinación con fecha 13 de julio de 2018, Acta de reunión coordinación con fecha 7 de septiembre de 2018, Acta de reunión coordinación con fecha 16 de noviembre de 2018, Acta de reunión coordinación con fecha 18 de mayo de 2018, Acta de reunión coordinación con fecha 19 de octubre de 2018, Acta de reunión coordinación con fecha 22 de junio de 2018, Acta de reunión coordinación con fecha 24 de agosto de 2018, Acta de reunión coordinación con fecha 25 de mayo de 2018, Acta de reunión coordinación con fecha 27 de abril de 2018, Acta de reunión coordinación con fecha 27 de julio de 2018, Acta de reunión coordinación con fecha 28 de septiembre de 2018, Acta de reunión coordinación con fecha 29 de junio de 2018, Acta de reunión coordinación con fecha 31 de agosto de 2018, Acta de reunión coordinación con fecha 27 de mayo de 2019, Acta de reunión

**REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

coordinación con fecha 4 de marzo de 2019 y Acta de reunión coordinación, con fecha 8 de abril de 2019.

**7. Prueba testimonial:**

7.1. Asilfa presentó como testigo a Juan Carlos Corbeaux cuya acta de audiencia testimonial rola a fojas 884 y la transcripción a fojas 940, a Gastón Palmucci Sclerandi cuya acta de audiencia testimonial rola a fojas 889 y la transcripción a fojas 1012, a Alejandro Domic Seguich cuya acta de audiencia testimonial rola a fojas 888 y la transcripción a fojas 1000, y a Julie Massmann Wyneken cuya acta de audiencia testimonial rola a fojas 936 y la transcripción a fojas 1038.

7.2. Los señores Arturo Moisés Avendaño Zúñiga cuya acta de audiencia testimonial rola a fojas 933 y la transcripción a fojas 956, y Christian Marcelo Venegas Tudela cuya acta de audiencia testimonial rola a fojas 934 y la transcripción a fojas 986, declararon a solicitud tanto de Asilfa como de Cenabast.

**8. Oficios:**

8.1. Se ofició a la FNE, Oficio N° 139, por solicitud de Asilfa de fojas 677, entidad que respondió a fojas 691, remitiendo copia digital del expediente de la investigación Rol N° 2557-19 FNE, caratulado “Revisión bases de licitación Cenabast, en cumplimiento de sentencia de Excma. Corte Suprema en Rol N° 11.779/2017” (en adelante “Investigación FNE”), acompañado en dos discos compactos según el siguiente detalle: (i) disco compacto cuyo contenido corresponde a la totalidad de las piezas del expediente de carácter público, y (ii) disco compacto cuyo contenido corresponde a la totalidad de las piezas del expediente de carácter confidencial, conforme fue decretado mediante Resolución Exenta FNE N° 577, de 23 de agosto de 2019. Se ordenó la formación de un cuaderno de documentos confidenciales y su certificado rola a fojas 704.

8.2. Se ofició a la FNE, Oficio N° 202, por solicitud de Asilfa a fojas 734; entidad que respondió a fojas 741, dando cuenta de las diligencias y análisis realizados por la Fiscalía, indicando que su investigación se encontraba abierta y en su fase final, sin diligencias pendientes.

8.3. Se ofició nuevamente a la FNE, Oficio N° 243, a solicitud de Asilfa, para que remitiera copia del referido expediente en soporte digital.

**9. Autos en relación y vista:**

9.1. A fojas 1052, se ordenó traer los autos en relación, vista que fue suspendida en dos ocasiones por Cenabast y Asilfa, según consta en las presentaciones de fojas 1071 y 1075, respectivamente. Finalmente, y sin haber realizado las partes observaciones a la

**REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

prueba, se llevó a cabo la audiencia de 2 de agosto de 2022, según consta del certificado que rola a fojas 1099, quedando en estado de acuerdo con fecha 23 de agosto de 2022.

**Y CONSIDERANDO:**

**1. Hechos que anteceden a la interposición de la demanda**

**Primero:** Que, a fin de comprender el contexto que envuelve a esta contienda, se sintetizarán los hechos que culminaron en la Sentencia que la demanda invoca como fuente de sus pretensiones, dictada por la Excma. Corte Suprema el 21 de diciembre de 2017 en autos Rol C.S. N° 11.779-2017;

**Segundo:** Que, el 16 de noviembre de 2015, Asilfa presentó una consulta ante este Tribunal que dio lugar al procedimiento no contencioso Rol NC N° 432-2015. La consulta se fundó en que las Bases reprochadas contenidas en la Resolución N° 272/2014, que rolan a fojas 554 a 589, disponibles en [https://www.cenabast.cl/wp-content/uploads/2017/11/Bases\\_272.pdf](https://www.cenabast.cl/wp-content/uploads/2017/11/Bases_272.pdf), 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;

**Tercero:** Que, el 6 de marzo de 2017, este Tribunal resolvió el asunto mediante la Resolución N° 50/2017 y declaró que no existían antecedentes que permitieran concluir que la materia consultada fuese contraria al D.L. N° 211. Los fundamentos principales se centraron en que la formulación del producto licitado se definió en términos genéricos, en tanto se refería a *“fármacos, dispositivos médicos e insumos o alimentos, bajo la modalidad de distribución directa destinados al apoyo del ejercicio de acciones de salud”*, lo que impedía determinar el mercado relevante y analizar si las referidas bases afectaban la libre competencia. Se señaló que, atendido que el mercado relevante es un elemento esencial del análisis, la imposibilidad de precisarlo no permitía establecer el poder de compra del órgano licitante, segundo presupuesto necesario para acreditar una eventual afectación del interés público protegido en esta sede. Se tuvo además en consideración que la participación de Cenabast en la industria farmacéutica fue considerablemente baja, por lo que no era posible deducir una posible afectación de los mercados que la componen, a diferencia de casos anteriores en que la participación del comprador era relevante (párrafos 63, 68 y 77);

**Cuarto:** Que Asilfa interpuso recurso de reclamación para ante la Excma. Corte Suprema en contra de la referida Resolución N° 50/2017 y el 21 de diciembre de 2017 este recurso fue acogido, concluyéndose que el mercado relevante era el de *“aprovisionamiento de medicamentos e insumos médicos a establecimientos públicos”*, que Cenabast gozaba de una posición dominante en dicho mercado (c. 6°) y que, en consecuencia, procedía realizar un escrutinio del contenido de las bases cuestionadas;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Quinto:** Que en la Sentencia de la Excma. Corte Suprema se identificaron una serie de distorsiones en el mercado que desincentivan a los oferentes a competir, porque añaden incertidumbre respecto de la real obtención del beneficio económico buscado. Estas producen un aumento en los precios de las ofertas económicas, dado que los oferentes deben considerar en ellas la posibilidad de mora en el pago por el aprovisionamiento de productos farmacéuticos; e impiden la entrada al mercado de competidores que no puedan soportar dicha mora. En dicha Sentencia se resolvió y ordenó, en consecuencia, que, ante la presencia de indicios que hacen necesario resguardar el cumplimiento de las normas sobre libre competencia y el debido equilibrio de oferentes y demandantes en el mercado relevante definido, *“la Central Nacional de Abastecimiento (Cenabast) iniciará 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”*;

**Sexto:** Que luego de dictarse el cúmplase de la Sentencia el 2 de enero de 2018, se sucedieron los siguientes hechos: El 20 de abril de 2018, Cenabast concedió una audiencia a Asilfa en relación con las materias allí abordadas y tuvo lugar una segunda reunión el 21 de junio de 2018, en el mismo contexto, en donde también participó la asociación gremial Prolmed, además de otros actores. Ello consta en actas realizadas por la Ley de Lobby, acompañadas por Asilfa a fojas 648 a 650 y 652 a 654;

**Séptimo:** Que, el 27 de abril de 2018, se celebró la primera reunión interna del denominado Comité de Bases de Licitación de Cenabast, para comenzar a planificar las modificaciones a las Bases reprochadas conforme a lo ordenado por la Sentencia, según consta en el documento *“N46 Acta comité [sic] de Bases 27.04.2018”*, acompañado por Cenabast y agregado a fojas 903, de acuerdo con el certificado de fojas 904;

**Octavo:** Que, el 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. Posteriormente, esta resolución fue modificada por Cenabast en dos ocasiones, (i) el 28 de agosto de 2018, por Resolución Afecta N° 258/18; y (ii) el 3 de abril de 2019, por Resolución Afecta N° 108/19 (véase documento *“4. 258-2018\_\_108-2019\_\_336-2019\_y\_151-2020\_Modifican\_Res\_Afecta\_341-”* acompañado por Asilfa a fojas 1058). Cabe señalar que, de los antecedentes allegados al proceso, se desprende que la FNE no participó en la elaboración de la Resolución N° 341/2016 ni en las dos modificaciones antes referidas;

**Noveno:** Que, el 29 de abril de 2019, Asilfa interpuso ante esta sede una demanda en contra de Cenabast alegando incumplimiento de lo resuelto en la Sentencia y el abuso

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

incurrido al seguir aplicando bases tipo no modificadas conforme a lo ordenado por la Excm. Corte Suprema;

## **2. Resumen de la controversia**

**Décimo:** Que, como se ha descrito en los párrafos 1 a 1.16 de la parte expositiva, Asilfa acusó a Cenabast de haber ejecutado conductas que habrían atentado contra la libre competencia, infringiendo el artículo 3° inciso primero del D.L. N° 211, al incumplir lo ordenado en la Sentencia, que obligaba a esta última a 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 de oferentes y demandantes. Por otra parte, Asilfa imputó a Cenabast haber abusado de su posición de dominio e infringido el artículo 3°, inciso segundo, en su literal b) del citado cuerpo legal, al continuar adjudicando y ejecutando licitaciones adjudicadas conforme a los términos tanto de las Bases reprochadas como de las Bases intermedias contenidas en la ya mencionada 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;

**Undécimo:** Que Cenabast negó haber cometido las conductas ilícitas que Asilfa le imputó y opuso, además, la excepción de cosa juzgada (párrafos 2 a 2.27 de la parte expositiva);

**Duodécimo:** Que, para resolver la controversia, se seguirá el siguiente orden. Se resolverá la excepción de cosa juzgada opuesta por Cenabast; luego se analizarán y calificarán las dos acusaciones por separado, a saber, el incumplimiento y el abuso de posición dominante, para lo cual se describirán los elementos que deben concurrir respecto de cada una de ellas, ponderando la prueba que se aportó al proceso, según corresponda; y finalmente, se dispondrán las medidas que sean pertinentes a la luz del examen realizado;

## **3. Excepción de cosa juzgada parcial**

**Decimotercero:** Que Cenabast opuso la excepción de cosa juzgada parcial respecto de la acción deducida por Asilfa, por cuanto siete de las diez distorsiones que identificó la demandante (según se indica en el párrafo 1.2 de la parte expositiva) ya habrían sido objeto de pronunciamiento en la Sentencia, existiendo cosa juzgada al respecto;

**Decimocuarto:** Que el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil (“CPC”) prescribe que uno de los efectos que producen las resoluciones judiciales, en particular, las sentencias, es el de cosa juzgada, la que puede ejercerse vía acción o excepción;

**Decimoquinto:** Que, por otra parte, es posible distinguir entre cosa juzgada formal y sustancial; la primera se refiere a la inimpugnabilidad de las resoluciones, por haber precluido los medios de impugnación y la segunda, según la jurisprudencia, “*atañe a los*

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

*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” (c. 2º, sentencia de 2 de noviembre de 2017, Excma. Corte Suprema, Rol C.S. N° 3962-2017);*

**Decimosexto:** Que el artículo 177 del citado cuerpo legal, establece los requisitos necesarios para la concurrencia de la excepción de cosa juzgada, desprendiéndose los siguientes: (i) existencia de un fallo firme que le preceda; (ii) que en ambos juicios la cosa demandada haya sido igual; (iii) que la causa de pedir en ambos juicios sea idéntica; y (iv) que la demanda impetrada sea interpuesta entre las mismas personas;

**Decimoséptimo:** Que los últimos tres requisitos señalados en la consideración anterior son conocidos en la doctrina como la “triple identidad”, los cuales buscan verificar si la nueva acción deducida es idéntica a la fallada en un proceso anterior, situación que se dará solo en caso de que coincidan todos sus componentes, es decir, cuando se trata de los mismos sujetos, causa de pedir y *petitum* (Romero Seguel, Alejandro, 2002. *La cosa juzgada en el proceso civil chileno: doctrina y jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile. ISBN 9561013991, p. 54);

**Decimoctavo:** Que, es dable advertir que, tal como se ha señalado en la doctrina, “*la cosa juzgada civil, la cosa juzgada penal y la cosa juzgada antimonopólica exhiben perfiles propios y características singulares*” (Valdés Prieto, Domingo, 2017. *Informe en derecho acerca de la cosa juzgada en el orden antimonopólico*. Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica. ISBN 9789568408046, p. 633);

**Decimonoveno:** Que, en el mismo sentido, la doctrina considera que el artículo 177 del CPC es aplicable en esta sede solo parcialmente, por cuanto los hechos sometidos a conocimiento de este Tribunal tienen comprometido un interés público (*ibíd.*, p. 682);

**Vigésimo:** Que lo anterior ha sido ratificado por la jurisprudencia en cuanto se declaró que “*lo relevante en la cosa juzgada en los procesos de libre competencia de interés público no son las partes, sino los hechos, de modo que sólo se vería infringida ante una revisión de los mismos hechos*” (Resolución N° 53/2018, párrafo 121);

**Vigésimo primero:** Que, en este orden de ideas, para que en esta sede se configure la cosa juzgada se requiere la existencia de un juzgamiento previo y que en este juzgamiento concorra una doble identidad, esto es, identidad de la cosa pedida e identidad de la causa de pedir;

**REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Vigésimo segundo:** Que, sin perjuicio de lo analizado precedentemente, no se encuentra controvertido que existe identidad de partes entre el presente proceso y el Rol NC N° 432-2015, que antecedió a la presente controversia, como fue descrito;

**Vigésimo tercero:** Que, establecido lo anterior, para el análisis de la excepción deducida en autos, es menester clarificar el denominado límite objetivo de la cosa juzgada, el cual opera cuando el segundo proceso tiene un objeto idéntico al primero. Esta comprobación se hace atendiendo a los dos elementos objetivos que componen toda acción, la causa de pedir y el *petitum*; en otras palabras, la identidad objetiva se dará cuando exista identidad de la cosa pedida y la identidad de la causa de pedir (Romero Seguel, ob. cit., p. 65);

**Vigésimo cuarto:** Que, como ha señalado la Excma. Corte Suprema (sentencia de 6 de septiembre de 2018, Rol C.S. N° 2582-2018), la cosa pedida se relaciona con “*el beneficio inmediato que se reclama y al cual se pretende tener derecho y, materialmente, se identifica tanto con la pretensión hecha valer por el actor en su demanda como las contraprestaciones opuestas por el demandado*”, mientras que la causa de pedir es definida en el inciso segundo del artículo 177 de nuestra ley procesal como “*el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio*”;

**Vigésimo quinto:** Que de la lectura de la consulta que dio origen al procedimiento no contencioso Rol NC N° 432-2015, es posible advertir que la causa de pedir y la cosa pedida son distintas de las de estos autos. En efecto, no obstante que en dicha consulta Asilfa también solicitaba a este Tribunal que se aplicasen las mismas medidas que se solicitan en este proceso y que las distorsiones identificadas por la demandante en ese entonces respecto de las Bases reprochadas, fueron las mismas que arguye en la presente *litis*, el objeto de ambos procesos es distinto;

**Vigésimo sexto:** Que, en la referida consulta, se pretendía que este Tribunal se pronunciara acerca de si las bases de licitación contenidas en la Resolución N° 272/2014, afectaban o no la libre competencia y, tal como se adelantó, la Excma. Corte Suprema en la Sentencia dispuso una serie de obligaciones que debía cumplir Cenabast con el objeto de subsanar las afectaciones a la libre competencia de dichas bases de licitación. En contraste, en estos autos los elementos objetivos de la pretensión dicen relación con que Cenabast dé cumplimiento a lo ordenado por la Excma. 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 comentario 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;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Vigésimo séptimo:** Que, por otra parte, el hecho de que Asilfa pretenda que este Tribunal introduzca las diez medidas singularizadas en el párrafo 1.15 de la parte expositiva de la Sentencia, no implica que la causa de pedir y, por ende, el objeto perseguido en estos autos sea el mismo. En efecto, 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 esta misma sede, ya que tales medidas son propuestas como consecuencia del incumplimiento en que Cenabast habría incurrido;

**Vigésimo octavo:** Que, en consecuencia, del análisis de los elementos descritos, aparece con claridad que entre la presente causa y el proceso Rol NC N° 432-2015 no concurren en su integridad los requisitos referidos, en particular, la cosa pedida y la causa de pedir, por lo que este Tribunal rechazará la excepción de cosa juzgada parcial opuesta por Cenabast;

#### **4. Sobre las conductas acusadas**

##### **4.1. Incumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema**

**Vigésimo noveno:** Que, conforme a lo resuelto por este Tribunal en otras ocasiones, las resoluciones en procedimientos no contenciosos como el que motiva la demanda responden a un fin tutelar-preventivo cuyo incumplimiento puede dar lugar a responsabilidad infraccional en los términos del artículo 3° del D.L. N° 211 (c. 21°, Sentencia N° 117/2011). Lo anterior, no solo es aplicable respecto de determinadas medidas o condiciones impuestas, por ejemplo, para el perfeccionamiento de una operación de concentración, como fue el caso de la Sentencia N° 147/2015, sino también respecto del incumplimiento de otro tipo de obligaciones o medidas (*v.gr.*, Sentencia N° 156/2017) e independiente del tipo de procedimiento en que se haya adoptado la decisión;

**Trigésimo:** Que, tal como se ha resuelto (*v.gr.*, Sentencia N° 147/2015, c. 7°; y Sentencia N° 156/2017, c. 46°), el procedimiento contencioso por incumplimiento tiene por objeto verificar si el agente económico ha cumplido las medidas impuestas por este Tribunal, en este caso en particular, por la Excma. Corte Suprema, y determinar la responsabilidad del agente económico en la infracción al D.L. N° 211. Sobre esto último, los precedentes citados establecen que, para que el incumplimiento de una medida sea sancionable, el sujeto obligado debe tener la posibilidad efectiva de cumplirla;

**Trigésimo primero:** Que, consecuentemente, para resolver la referida acusación de incumplimiento, resulta necesario contextualizar los acontecimientos coetáneos a la demanda deducida por Asilfa, para después analizar si Cenabast tenía la capacidad efectiva de dar cumplimiento a la Sentencia y, en caso afirmativo, establecer si dicha

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

institución cumplió lo ordenado por la Excma. Corte Suprema, tanto en la forma como en las materias substanciales abordadas en la Sentencia;

**a. Acontecimientos coetáneos a la demanda**

**Trigésimo segundo:** Que, según se desprende de la Investigación FNE, el 2 de mayo de 2019, la Demandada presentó ante la Fiscalía un borrador de bases tipo para la adquisición de fármacos e insumos médicos *“para efectos de conocer la opinión de la FNE, en función de lo indicado por el máximo tribunal sobre la materia objeto de la sentencia”* (p. 2, cuyo expediente fue agregado a fojas 938, según el certificado de fojas 939);

**Trigésimo tercero:** Que, como consecuencia de lo anterior, el 29 de mayo de 2019, la Fiscalía resolvió iniciar la investigación Rol N° 2557-19 a efectos de participar en el proceso de elaboración de nuevas bases (Investigación FNE, pp. 4-5). Luego, el 24 de febrero de 2021, la Fiscalía emitió el informe de archivo de la investigación (*“Informe FNE”*, pp. 317-340 de la Investigación FNE, disponible en: [https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/04/inpu\\_001\\_2021.pdf](https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/04/inpu_001_2021.pdf)), en el cual consta que hubo al menos siete reuniones, entre el 28 de mayo de 2019 y el 18 de agosto de 2020, donde participaron la Demandada y la FNE, en que se revisaron distintos borradores de bases tipo y se aclararon dudas que surgieron durante el proceso (párrafo 26 y nota al pie N° 34, p. 8);

**Trigésimo cuarto:** Que, el 17 de noviembre de 2020, Cenabast presentó ante la CGR las Bases revisadas por la FNE contenidas en la Resolución N° 316/2020, para su trámite y toma de razón (Investigación FNE, p. 255). La referida resolución reemplazó la Resolución N° 341/2016 y sería el resultado del cumplimiento de la Sentencia, conforme expresa la Fiscalía en su informe, por cuanto esas nuevas bases tendían a mitigar las distorsiones identificadas por la Excma. Corte Suprema y fomentarían la libre concurrencia (Informe FNE, pp. 16-23);

**Trigésimo quinto:** Que, no obstante, el 24 de marzo de 2022, Cenabast presentó ante la CGR una versión posterior de bases de licitación, contenidas en la Resolución N° 87/2022 de 23 de marzo de 2022, agregadas a estos autos a fojas 1103. Dichas bases reemplazarían la propuesta contenida en la Resolución N° 316/2020, sin que existan antecedentes en autos de que hubieran sido presentadas previamente a la FNE. Al respecto, la Demandada señaló que estas tenían por objeto resolver determinadas observaciones planteadas por la CGR a la Resolución N° 316/2020, las que *“no se encuentran relacionadas con las materias conocidas en los presentes autos”*, según indicó en su presentación de fojas 1097, lo que fue ratificado en la vista de estos autos (minuto 103 y siguientes, en registro de la audiencia, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=ktl7jRhB9a4>);

**REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Trigésimo sexto:** Que, de la prueba rendida en autos, no hay evidencia que consigne que, a la fecha de la vista de esta causa, las Resoluciones N° 316/2020 y N° 87/2022 hubieren sido efectivamente utilizadas en licitaciones realizadas por Cenabast para la adquisición de fármacos e insumos médicos por parte de establecimientos públicos;

**b. Análisis del cumplimiento de la Sentencia**

**Trigésimo séptimo:** Que, como se señaló *supra* en los considerandos cuarto y siguientes, al acoger parcialmente el recurso de reclamación deducido por Asilfa en contra de la Resolución N° 50/2017 de este Tribunal, la Excma. Corte Suprema concluyó que las bases tipo distorsionaban el mercado y el equilibrio entre las partes contratantes (c. 16°), y ordenó a Cenabast iniciar *“un proceso de reestudio, revisión y elaboración de las condiciones impuestas a través de las Bases Tipo [...] a fin de arribar a un texto que cumpla con las finalidades antes expuestas”*. La Demandada debía hacerlo *“oyendo a los laboratorios involucrados y con participación de la Fiscalía Nacional Económica”* (parte resolutive, Sentencia);

**Trigésimo octavo:** Que, de la lectura de lo resuelto, se desprende que Cenabast debía cumplir con determinados criterios asentados en la Sentencia y modificar las materias objetadas de las bases tipo en lo substancialmente analizado y en la forma indicada;

**Trigésimo noveno:** Que Asilfa arguyó que Cenabast: (i) nunca respondió formalmente a las diez medidas propuestas para incorporar en el proyecto de nuevas bases de licitación; (ii) no tuvo buena disposición en sus comunicaciones, siendo más bien evasiva o respondiendo tardíamente; (iii) condicionó la realización de reuniones a la entrega de información, la cual, a su juicio, era redundante para el proceso, y así logró posponerlas o evitó concretarlas; y que, (iv) a más de 15 meses del cúmplase de la Sentencia, Cenabast todavía no había arribado a unas bases que cumplieran lo ordenado por la Excma. Corte Suprema (fojas 82 a 99);

**Cuadragésimo:** Que Cenabast argumentó que en el proceso de elaboración de nuevas bases se oyó tanto a Asilfa como a la CIF y Prolmed durante 2018 y parte de 2019 (fojas 499). Asimismo, añadió que compartió con la Fiscalía un borrador de las nuevas bases tipo, institución que abrió la Investigación FNE (fojas 508);

**Cuadragésimo primero:** Que, en cuanto al tiempo que se tomó Cenabast para dar cumplimiento a la Sentencia, la Demandada manifestó, entre otras defensas, que conforme a los artículos 68 a 70 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, del Minsal (“D.F.L. N° 1”), que contiene normas relativas al sector público de salud, incluyendo a Cenabast, esta *“tiene la labor de iniciar procedimientos de compra para todos aquellos establecimientos que lo requieran y que integren el Sistema Nacional de Servicios de Salud o adscriban a él”* (fojas 471). Además, adujo que “[l]a obligación surgida del fallo

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

[la Sentencia] *no es de ejecución instantánea, sino que requiere de distintas etapas [...]* tratándose de modificaciones de esta envergadura y que más aun requieren la participación de terceros, no resulta serio plantear que dentro del transcurso de una cierta cantidad de meses debe necesariamente tenerse por cumplida la sentencia" (fojas 498);

**Cuadragésimo segundo:** Que, para efectos de analizar si Cenabast tenía capacidad efectiva para dar cumplimiento a lo ordenado en la Sentencia, es necesario comparar como actuó en el pasado en lo relativo a la implementación de modificaciones de sus bases tipo para las licitaciones en comento, si las hubiere;

**Cuadragésimo tercero:** Que, de la prueba documental acompañada por Asilfa, se demuestran varias circunstancias en que Cenabast modificó sus bases tipo de licitación, las cuales rigen sus licitaciones de manera general. Por un lado, producto de ciertos ajustes requeridos por la dictación del Decreto N° 1410, del Ministerio de Hacienda, el cual entró en vigencia el 12 de agosto de 2015, Cenabast demoró un mes aproximadamente en elaborar la Resolución N° 379/2015, de 14 de septiembre de 2015, que modificó la Resolución N° 272/2014 (fojas 877 a 879). Por otro lado, entre 2019 y 2020, la Demandada modificó en tres ocasiones las Bases intermedias contenidas en la Resolución N° 341/2016 y demoró, aproximadamente, siete meses en elaborar la Resolución N° 108/2019, de 3 de abril de 2019; luego, seis meses para la Resolución N° 336/2019, de 30 de octubre de 2019 y, finalmente, respecto de la Resolución N° 151/2020, de 18 de mayo de 2020, el mismo periodo de tiempo (fojas 1058);

**Cuadragésimo cuarto:** Que, en este orden de ideas, como se verá, la Demandada no justificó suficientemente las razones que la llevaron a tardar más de cuatro años en dar cumplimiento a la Sentencia y que, por el contrario, existe evidencia en autos de que tenía la capacidad de cumplir lo ordenado por la Excma. Corte Suprema en un menor plazo y, en definitiva, aplicar de manera efectiva medidas para "*resguardar el cumplimiento de las normas sobre libre competencia y el debido equilibrio sobre oferentes y demandantes*" (Sentencia, parte resolutive);

**Cuadragésimo quinto:** Que, respecto del cumplimiento de la forma exigida para dar curso al proceso de reestudio, revisión y elaboración de las condiciones de las bases tipo, corresponde revisar el tiempo que tomó Cenabast en su ejecución, las medidas adoptadas por esta entidad en el intertanto para mitigar las distorsiones, como también la intervención de los laboratorios y la Fiscalía en este proceso;

**Cuadragésimo sexto:** Que, en primer término, respecto al tiempo que Cenabast tardó en desarrollar el proceso, desde la dictación del cúmplase de la Sentencia el 2 de enero de 2018, de los antecedentes allegados a estos autos es posible determinar lo siguiente:

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

- a. Cenabast demoró tres meses aproximadamente en reunirse por primera vez con los laboratorios; y en iniciar el proceso de revisión y elaboración de nuevas bases tipo, el mismo periodo de tiempo. Lo anterior se desprende de las actas acompañadas al proceso, agregadas al expediente a fojas 903, según consta en el certificado de fojas 904;
- b. Es menester adelantar que, desde octubre de 2018, Cenabast implementó una plataforma *online* para la suspensión de entrega de medicamentos, asunto que se expondrá *infra* en los considerandos cuadragésimo octavo y siguientes. La puesta en práctica de esta herramienta demoró aproximadamente ocho meses y nueve días en ser implementada (Informe FNE, p. 12);
- c. El primer contacto formal de Cenabast con la Fiscalía, mediante el cual hizo partícipe por primera vez a dicha institución en el proceso, fue posterior a la presentación de la demanda de autos, y a más de un año y tres meses del cúmplase. Así consta del Oficio Ord. N° 1875, de 2 de mayo de 2019, y de lo declarado por el testigo Gastón Palmucci, jefe de la División Antimonopolios de la Fiscalía (Investigación FNE, p. 2; y fojas 1012, respectivamente);
- d. La CGR recibió la primera propuesta de bases tipo el 17 de noviembre de 2020, es decir, Cenabast demoró aproximadamente dos años y nueve meses en enviarlas. Lo anterior, de acuerdo con el Oficio Ord. N° 4114 de Cenabast, de esa misma fecha, en que se remitió a ese organismo la Resolución N° 316/2020 (Investigación FNE, p. 255). A este respecto, cabe recordar que la Fiscalía finalizó su investigación el 24 de febrero de 2021, considerando para su análisis esta última resolución;
- e. Cerrada la investigación de la FNE, y tal como se menciona *infra* (considerando septuagésimo primero), el 24 de marzo de 2022, la CGR recibió de Cenabast una segunda y última propuesta de bases tipo, contenida en la Resolución N° 87/2022, para su trámite de toma de razón, es decir, transcurridos más de cuatro años luego del cúmplase (documento agregado al expediente a fojas 1102, según el certificado de fojas 1103);

**Cuadragésimo séptimo:** Que, comparados los tiempos detallados precedentemente con aquellos dispuestos en el considerando cuadragésimo tercero como referencia, se vislumbra que Cenabast no actuó diligente ni oportunamente, no constando en autos que se hubieren suscitado dificultades o eventos extraordinarios que justifiquen el retraso en modificar las bases de licitación para dar cumplimiento a lo dispuesto por la Excma. Corte Suprema. En particular, a diferencia de la situación actual en que Cenabast no ha arribado a un texto que dé cumplimiento íntegro a la Sentencia, a pesar de haber transcurrido más de cuatro años desde el cúmplase (letra e, considerando cuadragésimo

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

sexto), no demoró más de un año en realizar diversas modificaciones a sus bases de licitación, según fuese requerida por distintas entidades y condicionada por otras circunstancias;

**Cuadragésimo octavo:** Que, no obstante, tal como se adelantó, a partir de octubre de 2018, Cenabast ejecutó una medida relevante, cual fue la implementación de una plataforma *online* para las solicitudes de suspensión de entrega de medicamentos, que podía ser gatillada por los proveedores (Informe FNE, párrafos 18, 41 y 42, pp. 6, 12-13). A grandes rasgos, el proceso de suspensión de entrega de medicamentos se inicia con motivo de una solicitud de un proveedor de fármacos y se traduce en la autorización, por parte de Cenabast, para detener el suministro de medicamentos a un establecimiento público en caso de que este último hubiere incurrido en mora, como lo prevé la Resolución N° 272/2014, sección XII, p. 43, por ejemplo. Este proceso, por un lado, genera un incentivo a los establecimientos para no incurrir en mora, puesto que, de lo contrario, perderían el acceso a los medicamentos suministrados por dicho proveedor, sin poder cubrir apropiadamente los servicios de salud demandados por sus pacientes. Por otro lado, este proceso evita que la deuda del establecimiento de salud se acreciente, por cuanto paraliza la entrega de medicamentos a un establecimiento que no está pagando por ellos;

**Cuadragésimo noveno:** Que el testigo Arturo Avendaño, que se desempeñó como jefe del Departamento de Unidad de Inteligencia de Cenabast durante el periodo en que se imputan los hechos, señaló que la plataforma *online* se dio a conocer a los proveedores (declaración testimonial de 1° de diciembre de 2021, cuya transcripción rola a fojas 956, pp. 13-14; y acta del Comité de Bases de Licitación de Cenabast, de 27 febrero de 2019, agregada a fojas 903 según consta en el certificado de fojas 904). Sin embargo, la Demandada no rindió prueba adicional que dé cuenta que efectivamente se informó a los laboratorios de la implementación de la referida plataforma;

**Quincuagésimo:** Que, según la Demandada, antes “*este proceso [de suspensión de medicamentos] se realizaba en forma manual, emitiendo documentos que se conducían a través de correo certificado y verificando en forma manual las posibles regularizaciones de clientes*” (documento “*N10 Minuta Suspensión de Entregas*” agregado a fojas 903, según consta en certificado de fojas 904). En ese sentido, la nueva plataforma permitió automatizar varias etapas, sirviendo de antecedente a la primera propuesta de bases tipo contenida en la Resolución N° 316/2020, y haciéndose cargo de uno de los principales cuestionamientos hacia Cenabast;

**Quincuagésimo primero:** Que, adicionalmente, la plataforma que permitió automatizar el referido proceso modificó los criterios dispuestos por Cenabast para aceptar o rechazar las solicitudes de suspensión de los proveedores. Cabe indicar que entre aquellas

REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

modificaciones más relevantes se encuentra la reducción del plazo de respuesta de Cenabast a las solicitudes de suspensión y la implementación de requisitos objetivos para la aceptación de tales solicitudes. En la Tabla N° 1, que a continuación se inserta, se comparan los procedimientos de suspensión de entrega de medicamentos contenidos en la Resolución N° 341/2016 y la nueva plataforma *online*, implementada a partir de octubre de 2018, que fue posteriormente recogida en la Resolución N° 316/2020.

Tabla N° 1:  
Comparación de mecanismos de suspensión de entrega de medicamentos

| Resolución N° 341/2016<br>(sección XIV, p. 26)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Resolución N° 316/2020<br>(sección XIII, p. 32)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p><i>“CENABAST <b>podrá autorizar</b> a un proveedor la suspensión de las entregas futuras de un producto de Intermediación del Centro 5000, sólo una vez que se verifiquen copulativamente las siguientes condiciones: [...]</i></p> <p><i>- Que hayan transcurrido a lo menos <b>60 días</b> de vencido el plazo establecido en este capítulo para el pago de la(s) factura(s), sin que ésta(s) se encuentre(n) pagada(s); y [...]</i></p> <p><i>Una vez presentada la solicitud, CENABAST verificará el cumplimiento de las antes citadas condiciones y emitirá un pronunciamiento al respecto dentro de un plazo no superior a <b>20 días hábiles</b>” (énfasis añadido).</i></p> | <p><i>“CENABAST <b>autorizará</b> a un proveedor la suspensión de las entregas futuras de un establecimiento público o privado, correspondiente a las entregas de productos de intermediación, solo una vez que se cumplan los siguientes requisitos copulativamente: [...]</i></p> <p><i>8.3. Que hayan transcurrido a lo menos <b>15 días</b> de vencido el plazo para el pago de las(s) factura(s).</i></p> <p><i>Una vez ingresada la solicitud, CENABAST verificará el cumplimiento de las condiciones citadas y notificará a las partes involucradas. [...] en caso de no existir respuesta del establecimiento obligado al pago dentro de un plazo de <b>5 días hábiles</b>, se bloquearán por sistema dichas entregas futuras” (énfasis añadido).</i></p> |

Fuente: Elaboración propia a partir de las Resoluciones N° 341/2014 y N° 316/2020.

**Quincuagésimo segundo:** Que, sin embargo, el hecho que una medida análoga como es la plataforma mencionada no haya sido recogida formalmente en el texto de las Bases intermedias contenidas en la Resolución N° 341/2016, implicó que, por ejemplo, en caso de que Cenabast hubiere demorado más de cinco días hábiles en responder a la solicitud de suspensión de algún proveedor, estos no hubieran tenido una base normativa para obligar a la Demandada a cumplir, como se establecía en la propuesta informada a la Fiscalía. Esto, consecuencialmente, pudo provocar incertidumbre en los proveedores;

**Quincuagésimo tercero:** Que es dable concluir que el hecho de haber implementado dicha medida y ponerla en práctica, si bien no fue suficiente para equilibrar la relación entre oferentes y demandantes, apuntaba a uno de los objetivos perseguidos por la Sentencia;

**Quincuagésimo cuarto:** Que, en tercer término, en relación con el deber de la Demandada de hacer partícipe a la FNE y oír a los laboratorios durante el proceso de reestudio, es efectivo que hubo intervención de la Fiscalía en la elaboración de nuevas bases tipo durante la Investigación FNE. Sin embargo, esta se inició luego de interpuesta

**REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

la demanda de autos. En cuanto a la participación de los laboratorios, figuran en los registros de la Ley de Lobby al menos dos reuniones entre Cenabast y asociaciones gremiales de laboratorios farmacológicos. Según consta en autos, se desarrollaron además otras dos reuniones entre la Demandada y Asilfa, el 3 de octubre y 7 de diciembre de 2018 (fojas 48, 92, 504, 507 y 514), aunque estas no fueron registradas;

**Quincuagésimo quinto:** Que, del registro de comunicaciones entre ambas partes, que no fue objetado por la Demandada, es posible establecer que luego del 18 de julio de 2018 cesaron las reuniones con los laboratorios. La razón, como aduce Cenabast, es que, según consta de la prueba aportada, esta consideró indispensable para concluir el proceso de elaboración de nuevas bases de licitación que los proveedores previamente entregaran información de las situaciones de mora e incumplimiento de pagos por parte de los establecimientos públicos de salud (fojas 89, 94, 503 a 505 y los documentos singularizados en los numerales 5 a 10 de fojas 1058);

**Quincuagésimo sexto:** Que, según lo aducido por la Demandada, a partir de la información solicitada a los laboratorios se realizaron dos estudios. El primero, concluyó que el impacto de las deudas de los establecimientos no era relevante para el mercado (fojas 513). El segundo, cuyo propósito fue evaluar la procedencia de un sistema para bloquear a los establecimientos públicos morosos, estimó que aquello no era aconsejable puesto que la mora informada por los propios laboratorios afectados era marginal (fojas 514);

**Quincuagésimo séptimo:** Que, respecto de este punto, este Tribunal considera que no era indispensable exigir la información de deuda a los laboratorios previo a arribar a nuevas bases de licitación, ya que la extensión de la morosidad de los establecimientos y los eventuales efectos anticompetitivos que derivan de ella, fueron asuntos analizados y zanjados en la Sentencia (c. 11° y 16°);

**Quincuagésimo octavo:** Que, en adición a lo anterior, la Investigación FNE da cuenta que la morosidad de los establecimientos estuvo disponible para Cenabast por medio de la información registrada en las solicitudes de suspensión de medicamentos de su plataforma *online* (pp. 205-215 y documentos contenidos en la carpeta denominada como “*Soporte Digital*”, agregados a estos autos a fojas 938, según consta en el certificado de fojas 939). Así, se observa que la Fiscalía realizó su análisis a partir de información que fue recopilada y entregada por la misma Demandada (Informe FNE, pp. 16-21) y, por consiguiente, no existía necesidad alguna de solicitar dicha información a los proveedores ni mucho menos de retrasar futuras reuniones para modificar las bases de licitación a causa de ello;

**Quincuagésimo noveno:** Que, a mayor abundamiento, pese a que la Demandada indicó que Asilfa después de diciembre de 2018 “*fue renuente y no quiso seguir entregando esa*

**REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

*información*” (fojas 514), lo cierto es que aquello no impidió que Cenabast elaborara de todos modos las propuestas de bases de licitación contenidas en las Resoluciones N° 316/2020 y N° 87/2022;

**Sexagésimo:** Que, finalmente, consta a fojas 455 que el 11 de junio de 2019 la asociación gremial CIF envió una carta dirigida al director de Cenabast, expresando lo siguiente: *“declaramos por solicitud de CENABAST que, hasta donde es de nuestro conocimiento, CENABAST ha mostrado una buena disposición para reunirse en varias oportunidades con la CIF, en orden a analizar el fallo y cumplir hasta esta fecha, con los términos del acuerdo descrito en la sentencia ya referida”*. Sin embargo, haciendo uso de las reglas de la sana crítica y sobre la base de los antecedentes expuestos en los considerandos anteriores, dicha declaración por sí sola no permite a este Tribunal acreditar que, en los hechos, la Demandada cumplió íntegramente y en forma oportuna con hacer partícipes a los laboratorios;

**Sexagésimo primero:** Que, consignado todo lo anterior, es dable concluir que Cenabast paralizó injustificadamente las conversaciones que debía sostener con los laboratorios, por cuanto la información que les solicitó no era indispensable para dar debido cumplimiento a la Sentencia y, más aún, estaba disponible o se encontraba en posesión de la Demandada;

**Sexagésimo segundo:** Que, además, no existe evidencia que la Demandada haya compartido con Asilfa u otros laboratorios, al menos un borrador del proyecto de bases tipo con el cual pretendía dar cumplimiento a la Sentencia, lo que habría permitido recibir observaciones al referido documento;

**Sexagésimo tercero:** Que, si bien la Excma. Corte Suprema no estableció plazos para dar cumplimiento a lo ordenado, habida consideración de la misión legal que tiene Cenabast, según los artículos 1° y siguientes del Decreto N° 78 de 1980, del Minsal, y artículos 1°, 68 y siguientes del D.F.L. N° 1 de 2005, se desprende que la Demandada, en observancia de sus funciones, debió actuar con mayor diligencia y prontitud;

**Sexagésimo cuarto:** Que, por lo tanto, ha quedado establecido 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;

**Sexagésimo quinto:** Que corresponde analizar si, en definitiva, a pesar de no haber cumplido en lo procedimental con lo indicado por la Excma. Corte Suprema, Cenabast realizó modificaciones que permitan señalar que cumplió en las materias substanciales que se objetaron. Es decir, si arribó a un texto que satisficiera lo dispuesto en la Sentencia y si este fue aplicado, a fin de cuentas, en sus licitaciones de fármacos e insumos médicos;

REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

**Sexagésimo sexto:** Que Asilfa sostuvo a fojas 74, 75 y 98, que el proceso iniciado por Cenabast nunca tuvo por objeto cumplir con la Sentencia, destacando, entre otros puntos, el hecho que la Demandada no estableció una manera alternativa para su cumplimiento, respecto de la propuesta de medidas acompañada por la Demandante;

**Sexagésimo séptimo:** Que, sin embargo, en la vista de esta causa, el apoderado de Asilfa señaló que la Resolución N° 316/2020 cumple al menos con (i) contener un procedimiento para la suspensión de entrega de medicamentos a entidades morosas; (ii) rebajar el plazo para iniciar la solicitud de tal suspensión; y, (iii) ser objetiva y no discrecional en las suspensiones, conforme al cumplimiento de ciertos requisitos (minuta de alegato de la Demandante, rolante a fojas 1098). Todo ello, fue ratificado también por el apoderado de Asilfa al responder las preguntas del Tribunal (grabación de la vista, 1 hora con 51 minutos, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=ktl7jRhB9a4>);

**Sexagésimo octavo:** Que, en vista de lo anterior, es posible concluir que la propia Demandante estimó que, respecto a la materia más relevante, referente a la existencia de condiciones de mercado que hacían soportar a los oferentes las consecuencias de la mora de los deudores, existió un cumplimiento a lo menos parcial por parte de Cenabast;

**Sexagésimo noveno:** Que, en este orden ideas, el Informe FNE concluyó que la plataforma de solicitudes de suspensión de medicamentos es una herramienta efectiva para que las instituciones públicas reduzcan su morosidad, y que las mejoras en materia de transparencia y el nuevo catálogo de multas reducen la incertidumbre en licitaciones y promueven el equilibrio en la relación comercial de ambas partes contratantes. En consecuencia, la Fiscalía consideró que estas modificaciones tienden a mitigar las distorsiones identificadas por la Excma. Corte Suprema y fomentarían la libre concurrencia, generando ofertas más competitivas (Informe FNE, pp. 22-24);

**Septuagésimo:** Que, la Tabla N° 2 a continuación, muestra los cambios realizados al proceso para solicitar la suspensión de despacho de medicamentos contenido en la Resolución N° 272/2014, reprochada por la Excma. Corte Suprema, y la Resolución N° 316/2020, que fue la revisada por la Fiscalía. En ella, es posible observar que la Demandada: (i) modificó la discrecionalidad del proceso al reemplazar “*podrá autorizar*” con “*autorizará*”; (ii) disminuyó de 45 a 15 días corridos el plazo de espera para que un proveedor pueda iniciar una solicitud; y (iii) redujo de 15 a 5 días hábiles el plazo máximo para dar curso al procedimiento de suspensión;

**Tabla N° 2:**  
**Comparación de mecanismos de suspensión de entrega de medicamentos**

| Resolución N° 272/2014<br>(sección XII, p. 43) | Resolución N° 316/2020<br>(sección XIII, p. 32) |
|------------------------------------------------|-------------------------------------------------|
|------------------------------------------------|-------------------------------------------------|

REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>“CENABAST <b>podrá autorizar</b> a un proveedor la suspensión de las entregas futuras de un producto de Intermediación, sólo una vez que se cumplan copulativamente las siguientes condiciones: [...]</p> <p>- Que hayan transcurrido a lo menos <b>45 días</b>, de vencido el plazo establecido en este capítulo para el pago de la(s) factura(s), sin que ésta(s) se encuentre(n) pagada(s); y [...]</p> <p>Una vez presentada la solicitud, CENABAST verificará el cumplimiento de las antes citadas condiciones y emitirá un pronunciamiento al respecto dentro de un plazo no superior a <b>15 días hábiles</b>” (énfasis añadido).</p> | <p>“CENABAST <b>autorizará</b> a un proveedor la suspensión de las entregas futuras de un establecimiento público o privado, correspondiente a las entregas de productos de intermediación, solo una vez que se cumplan los siguientes requisitos copulativamente: [...]</p> <p>8.3. Que hayan transcurrido a lo menos <b>15 días</b> de vencido el plazo para el pago de las(s) factura(s).</p> <p>Una vez ingresada la solicitud, CENABAST verificará el cumplimiento de las condiciones citadas y notificará a las partes involucradas. [...] en caso de no existir respuesta del establecimiento obligado al pago dentro de un plazo de <b>5 días hábiles</b>, se bloquearán por sistema dichas entregas futuras” (énfasis añadido).</p> |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Fuente: Elaboración propia a partir de las Resoluciones N° 272/2014 y N° 316/2020.

**Septuagésimo primero:** Que, no obstante, no puede escapar del análisis que el 23 de marzo del año 2022, Cenabast dictó la Resolución N° 87/2022 (agregada a fojas 1102, según el certificado de fojas 1103), que vendría a reemplazar la Resolución N° 316/2020, sin que conste que haya sido presentada previamente a la Fiscalía; y que, contrario a lo indicado por la Demandada a fojas 1097 en cuanto a que las alteraciones no decían relación con el objeto de este proceso, dicha resolución modificó, entre otros aspectos, el proceso de suspensión de entrega de medicamentos en cuanto al contenido;

**Septuagésimo segundo:** Que, a modo ejemplar, al comparar las Bases revisadas por la FNE con aquellas contenidas en la Resolución N° 87/2022 (véase la Tabla N° 3 a continuación) se observa que las cláusulas referentes a la suspensión de entrega de medicamentos nuevamente sufrieron alteraciones, las cuales, a primera vista y tal como se analizará *infra*, podrían derivar en condiciones más gravosas para los proveedores;

**Tabla N° 3:**  
**Comparación de mecanismos de suspensión de entrega de medicamentos**

| Resolución N° 316/2020<br>(sección XIII, N° 8, p. 32)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | Resolución N° 87/2022<br>(sección XIII, N° 8, pp. 35-36)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>“CENABAST <b>autorizará</b> a un proveedor la suspensión de las entregas futuras <b>de un establecimiento</b>, correspondiente a las entregas de productos de intermediación, solo una vez que se cumplan los siguientes requisitos copulativamente:</p> <p>8.1. Solicitud del proveedor mediante la plataforma web dispuesta para este proceso.</p> <p>8.2. Que el proveedor no presente sanciones por concepto de no entrega dentro de los tres meses anteriores a la revisión.</p> <p>8.3. Que hayan transcurrido a lo menos 15 días de vencido el plazo para el pago de las(s) factura(s).</p> | <p>“Cenabast <b>autorizará</b> a un proveedor la suspensión de entregas futuras, solo respecto de productos de Intermediación <b>no procediendo para productos de Programas Ministeriales</b>; en la medida que éstas sean realizadas a establecimientos receptores de factura distintos de Cenabast, una vez que se verifiquen y cumplan copulativamente las siguientes condiciones:</p> <p>8.1. Solicitud del proveedor mediante la plataforma web dispuesta para este proceso.</p> <p>8.2. Que el proveedor no presente sanciones por concepto de no entrega dentro de los tres meses anteriores a la revisión.</p> |

REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

|                                                                                                                                   |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>8.4 Que la suspensión se encuentre exclusivamente acotada al <b>contrato</b> y al Punto de entrega.”<br/>(énfasis añadido)</p> | <p>8.3. Que hayan transcurrido a lo menos 15 días de vencido el plazo para el pago de las(s) factura(s).<br/><b>8.4. Que el proveedor presente una carga de información en el sistema de distribución superior al 95%, a la fecha de revisión respecto del contrato.</b><br/>8.5. Que la suspensión se encuentre exclusivamente acotada al <b>producto</b> y al (los) punto(s) de entrega en que <b>incide el incumplimiento</b>, y:<br/><b>8.6. En caso de cliente categoría Farmacia Privada, se podrá excluir de la entrega si acredita deuda histórica vencida por más de 30 días”</b> (énfasis añadido)</p> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Fuente: Elaboración propia a partir de las Resoluciones N° 316/2020 y N° 87/2022.

**Septuagésimo tercero:** Que, en particular, entre otras modificaciones, la Resolución N° 87/2022 no permite optar al procedimiento de suspensión de entregas de medicamentos a los proveedores que se adjudiquen fármacos pertenecientes a Programas Ministeriales (Resolución N° 87/2022, sección I, numeral 5.55, p. 7). En ese sentido, la información publicada por la Dirección de Compras y Contratación Pública muestra que tales fármacos son significativos toda vez que, entre enero de 2020 y septiembre de 2022, al menos 2.032 licitaciones de fármacos e insumos médicos guardan relación con dichos programas (estadísticas disponibles en: <https://datos-abiertos.chilecompra.cl/descargas>) Así, las nuevas cláusulas conducirían a que una porción de sus adjudicatarios pierdan el derecho a solicitar la suspensión de entregas en caso de que un establecimiento no se encuentre pagando por sus medicamentos, sin que la Demandada haya justificado este proceder;

**Septuagésimo cuarto:** Que, en tal virtud, el texto de la Resolución N° 87/2022 infringe lo resuelto en la Sentencia y, al igual como lo ha señalado recientemente la Excma. Corte Suprema en el estándar utilizado en la causa Rol C.S. N° 82.422-2021 (sentencia de 8 de agosto de 2022, c. 9°), los lineamientos y principios o, en definitiva, pronunciamientos de la autoridad competente que se fijan respecto a una materia en particular no deben ser desatendidos, más aún si ello fue mandatado por el Tribunal Supremo con el objeto propender y resguardar un interés común en la población, como es la libre competencia;

**Septuagésimo quinto:** Que, en consecuencia, es posible establecer que las últimas bases de licitación contenidas en la Resolución N° 87/2022 contravienen las conclusiones del Informe FNE y transgreden la Sentencia, máxime si las modificaciones al proceso de suspensión pueden ir en desmedro de los proveedores y que, frente a cualquier eventual cambio que pudiera alterar negativamente los aspectos revisados por dicha institución, correspondía a la Demandada acudir a la Fiscalía;

**Septuagésimo sexto:** Que, atendido lo razonado, este Tribunal concluye que Cenabast estando en posición de dar cumplimiento a la Sentencia no lo hizo en forma íntegra ni

**REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

oportunamente, tanto en lo concerniente a la forma de llevar a cabo el proceso de reestudio y revisión, como a la obligación de elaborar nuevas condiciones de licitación y aprovisionamiento, y arribar a un nuevo texto de bases, consensuado con la FNE, para ser aplicado;

#### **4.2. Abuso de posición dominante**

**Septuagésimo séptimo:** Que, la demandante acusó a Cenabast de abusar de su posición de dominio al continuar licitando y ejecutando licitaciones adjudicadas de acuerdo a los términos de las Bases reprochadas que la Sentencia ordenó modificar, y al haber replicado y empeorado las Bases intermedias, “*perpetuando*” así las distorsiones a la libre competencia que habría reprochado la Sentencia (fojas 60, 76 y siguientes). Para resolver esta acusación de abuso de posición de dominio se determinará el mercado relevante en el que inciden los hechos objeto de este juicio y la existencia de dominancia por parte de Cenabast en él, para luego analizar la conducta acusada, si procediere;

##### **a. Mercado relevante**

**Septuagésimo octavo:** Que, en cuanto a la definición de mercado relevante, tanto desde el punto de vista del producto como en su dimensión geográfica, en el periodo bajo el cual se imputan los hechos, esto es, desde el cúmplase de la Sentencia hasta el 24 de abril de 2019, fecha de la interposición de la demanda, la Demandante se ciñó a lo definido en la Sentencia (fojas 127), sin que ello fuera objetado por la Demandada (fojas 457 a 552). Como se expondrá, dicha definición es atingente al caso *sub lite*. Con todo, cabe advertir que la Ley N° 21.198, publicada en el Diario Oficial el 8 de enero de 2020, que amplió las actividades de Cenabast para autorizarle a intermediar medicamentos para almacenes farmacéuticos, farmacias privadas y establecimientos de salud sin fines de lucro, cuya entrada en vigencia se realizó en forma gradual, es posterior a los hechos que dieron lugar a este procedimiento y, por consiguiente, no debe ser considerada en el análisis de esta acusación;

**Septuagésimo noveno:** Que, respecto del mercado relevante del producto, la Sentencia señaló que Cenabast participa en el “*aprovisionamiento de medicamentos e insumos médicos a establecimientos públicos*” (c. 6° y parte resolutive). Sobre ello, especificó que “*el canal retail y el canal institucional configuran mercados relevantes separados, [esto] se confirma al momento de analizar la posibilidad de sustituibilidad (...) [dado que] 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*” (c. 4° y 5°). Del mismo modo, respecto de la dimensión geográfica, indicó que “*la Resolución N°272 [Bases reprochadas] tiene aplicación sobre todo el territorio nacional*” (c. 3°);

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Octogésimo:** Que, al momento de evaluar si procede en este caso delimitar mercados diferentes para los sectores público y privado, o para los canales de venta mayorista y minorista, se deben analizar las particularidades que presentan cada una de las respectivas demandas. En ese sentido, se requiere de un análisis “*en relación con las características del producto o servicio que requieren, el modo en que pueden adquirirlo y la forma en que eventualmente se utiliza*” el bien demandado (v.gr., Resolución N° 73/2022, párrafo 11). Como se expondrá a continuación, existen importantes diferencias entre el canal *retail*, cuyo consumo principal es vía farmacias, y el canal institucional, vía hospitales o clínicas;

**Octogésimo primero:** Que, en efecto, de los antecedentes acompañados se puede concluir que la diferenciación entre el canal *retail* y el canal institucional como mercados distintos, según señala la Sentencia, es aplicable a este proceso, en base a las siguientes razones:

- a. Sobre las características del producto, los medicamentos suelen utilizar envases distintos en cada canal, los que no son directamente intercambiables. Así, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto N° 3, de 2010, del Minsal que Aprueba Reglamento del Sistema Nacional de Control de los Productos Farmacéuticos de Uso Humano, en sus artículos 5° numeral 25 y 29 numeral 8, se diferencian tres tipos de presentaciones o envases, a saber, de venta al público, clínicos y de muestras clínicas. En ese sentido, existen diferencias en cuanto al contenido y destino de cada uno de ellos, en particular, los envases de venta al público contienen un número de comprimidos, o pastillas, bastante menor que los clínicos, pudiendo estos últimos alcanzar, en ciertos casos, mil o más comprimidos por envase (véase, por ejemplo: <https://registrosanitario.ispch.gob.cl/Ficha.aspx?RegistroISP=F-25855/20>). Asimismo, según lo indicado en el Decreto N° 466, de 1984, del Minsal, referente a la aprobación del reglamento de farmacias, droguerías, almacenes farmacéuticos, botiquines y depósitos autorizados, en su artículo 8° en relación con los artículos 32 y siguientes, los envases clínicos no pueden comercializarse directamente a consumidores en el canal *retail*;
- b. Sobre el modo en que se adquiere el producto, existen reglas y condiciones de comercialización sustancialmente distintas en cada canal y sector. De acuerdo con las instrucciones contenidas en la Resolución N° 634/2001, y sus complementaciones y aclaraciones establecidas en las Resoluciones N° 638/2002 y N° 729/2004, todas de la H. Comisión Resolutiva, antecesora de este Tribunal, como también del tenor de la Ley N° 20.724 de 2014, que modifica el Código Sanitario en materia de regulación de farmacias y medicamentos, los proveedores del canal *retail* tienen la obligación de publicar sus listas de precios. En efecto, el

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

artículo 2° de dicha ley indica que los “*proveedores de productos farmacéuticos, ya sean laboratorios farmacéuticos, importadores o distribuidores, estarán obligados a publicar los precios de los productos que expenden y los descuentos por volumen que apliquen en sus ventas*”. No obstante, como ha indicado este Tribunal (Resolución N° 12/2006, c. 6°), las obligaciones de transparencia impuestas en esta sede no recaen sobre las actividades comerciales del canal institucional, ya que no deben entenderse referidas a la comercialización de productos farmacéuticos destinada a satisfacer la demanda de centros hospitalarios, públicos o privados. Por otra parte, en cuanto a la forma de contratación y adquisición, la Excm. Corte Suprema en su Sentencia indicó que en el sector público “*la empresa respectiva [proveedor adjudicado] únicamente puede manifestar su voluntad de aceptar todos los términos de contratación que han sido fijados por la entidad licitante [Cenabast] en su calidad de mandatario*” (c. 8°), situación que no necesariamente ocurre con las instituciones de salud privadas (FNE, División Estudios de Mercado, 2020. *Estudio de Mercado sobre Medicamentos (EM03-2018)*, pp. 113-115. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/01/Informe-Final.pdf>); y

- c. Sobre la forma en que eventualmente se utiliza el producto, el modo de emplear los medicamentos también difiere entre canales, ya que aquellos destinados al *retail* se venden directamente a consumidores, en algunos casos, bajo receta médica, y en otros, sin necesidad de ella. En cambio, en el canal institucional, la mayor parte de los medicamentos forman parte de un tratamiento médico definido y suministrado por un profesional del área de la salud, en un establecimiento habilitado para ello;

**Octogésimo segundo:** Que, en suma, con el mérito de lo resuelto en la Sentencia y los antecedentes examinados, el mercado relevante en el cual participa Cenabast corresponde al aprovisionamiento de medicamentos e insumos médicos a instituciones o establecimientos de salud, pudiendo el mismo segmentarse entre público y privado, en su dimensión del producto; y extendiéndose a lo largo de todo el territorio nacional, en su dimensión geográfica;

**b. Dominancia**

**Octogésimo tercero:** Que, habiéndose definido el mercado relevante en el que participa Cenabast, corresponde evaluar la existencia de una posición de dominio en este, por cuanto ella es un elemento esencial para establecer la existencia de un abuso (*v.gr.*, Excm. Corte Suprema, sentencia de 5 de octubre de 2020, Rol C.S. N° 8843-2019, c. 9°-10°; Sentencia N° 125/2012, c. 6°-7°, y Sentencia N° 178/2021, c. 56°, de este Tribunal);

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**Octogésimo cuarto:** Que, como se ha resuelto en otras oportunidades, para configurar un abuso de posición dominante, es necesaria la concurrencia de dos elementos, uno estructural y otro conductual. De acuerdo con la doctrina, “[e]l primer elemento es la posición de dominio [elemento estructural]. Esta posición supone que el comportamiento debe ser desplegado por un agente económico que tiene un poder de mercado sustantivo y que puede actuar con independencia de otros competidores, clientes y proveedores, porque no existe una presión competitiva eficaz que pueda ser ejercida contra él –esto es, un poder disciplinador por parte de los competidores actuales o potenciales o bien, de un eventual poder de contrapeso–, de modo que está en posición de fijar condiciones que no habrían podido ser obtenidas de no mediar la existencia de ese alto poder de mercado” (Faull, Jonathan, y Nikpay, Ali, 2014. *The EU Law of Competition*. 3<sup>rd</sup> Edition, Oxford University Press. ISBN 978-0-19-966509-9, traducción libre, pp. 358 y 359). Por su parte, el segundo elemento es el comportamiento abusivo por parte del agente dominante –elemento conductual–, en el mercado relevante previamente definido, que debe producir efectos anticompetitivos o tener la potencialidad de hacerlo (véase, Elhauge, Einer, y Geradin Damien, 2011. *Global Competition Law and Economics*, 2<sup>nd</sup> Edition. ISBN 978-1-84946-044-6, p. 344). A este elemento se refiere el D.L. N° 211 como “explotación abusiva”, en su artículo 3° literal (b) (al respecto, véase, Sentencia N° 174/2020, c. 88°; Sentencia N° 176/2021, c. 74°; y Sentencia N° 178/2021, c. 56°);

**Octogésimo quinto:** Que, respecto a la dominancia de la Demandada, en la Sentencia se afirma que “*Cenabast goza de una posición dominante*” (c. 6°), por lo que procede evaluar si dicha posición se ha mantenido, incrementado o si pudo desaparecer durante el periodo de los hechos imputados. Sobre el particular, cabe señalar que Asilfa también se remitió a lo resuelto en la Sentencia (fojas 127), lo que tampoco fue controvertido por la Demandada (fojas 457 a 552);

**Octogésimo sexto:** Que, en la especie, dado que Cenabast actúa como demandante de bienes y servicios, se debe determinar si posee poder de compra;

**Octogésimo séptimo:** Que, así, en concordancia con pronunciamientos anteriores de este Tribunal (v.gr., Resolución N° 71/2022, párrafo 7; y Resolución N° 50/2017, párrafo 61), el poder de compra se ha definido como el “*poder de mercado ejercido por el lado de la demanda (monopsónico), en el que un solo comprador (monopsonio) o un pequeño grupo de compradores (oligopsonio) cuenta con la capacidad de fijar precios, volúmenes o condiciones de compra bajo las cuales adquiere sus productos o servicios, distintos a los que se esperan en una situación de competencia*” (Resolución N° 73/2022, párrafo 24);

**Octogésimo octavo:** Que, para evaluar el poder de compra, se requiere del análisis de las fuentes de presión competitiva que enfrenta el agente económico acusado. Siguiendo

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

la jurisprudencia de este Tribunal, procede examinar tres condiciones, a saber: (i) una participación significativa de la parte compradora, respecto de todo el mercado o en comparación con el resto de compradores que lo componen; (ii) barreras al ingreso de otros compradores o a la expansión de aquellos ya existentes; y (iii) una baja capacidad de los proveedores de sustituir la producción destinada a esa parte compradora por otras alternativas, lo que es propio de una oferta inelástica. En ese sentido, la relevancia de cada punto para consolidar la dominancia del acusado dependerá de la medida en que ese agente económico pueda restringir la independencia comercial de sus proveedores, sin algún poder de contrapeso, de manera que el ejercicio de este poder no les permita desenvolverse competitivamente en el mercado relevante (véase, Resolución N° 73/2022, párrafo 24; y, entre otros, Chen, Zhiqui, 2008. Defining buyer power. *The Antitrust Bulletin*, vol. 53, pp. 241-249; y, Jacobson, Jonathan y Dorman, Gary, 1991. Joint purchasing, monopsony and antitrust. *The Antitrust Bulletin*, vol. 36, pp. 1-79).

**Octogésimo noveno:** Que, a la luz de los criterios expuestos y de los elementos de prueba aportados al proceso es posible afirmar lo siguiente:

- a. Cenabast representó desde enero a diciembre de 2018 aproximadamente, un 61,8% de las compras de medicamentos en valor monetario, considerando exclusivamente al sector público. Asimismo, si se incluyeren las compras de medicamentos de entidades privadas del canal institucional, como clínicas, dicha participación en el mismo periodo descende a un 46,5% (FNE 2020, op. cit., pp. 57-58 y 198-199);
- b. Los establecimientos públicos presentan dificultades para adquirir fármacos o insumos médicos sin la intermediación de Cenabast. Así, la Demandada actúa bajo un mandato gestionando los procesos de compra en nombre y para toda la red de asistencia pública de salud y cualquier organismo, entidad o persona adscrita al Sistema Nacional de Servicio de Salud o SNSS, atendido lo establecido en el artículo 94 inciso final del Código Sanitario, Decreto con Fuerza de Ley N° 725 del Minsal. Con todo, resulta un requisito indispensable que el establecimiento acepte los términos y condiciones que se describen en el contrato de mandato que se otorga en cada caso a la Demandada y, por tanto, de las respectivas bases de licitación; puesto que, de negarse a ello, este se verá imposibilitado de intermediar productos a través de Cenabast;
- c. De acuerdo con la Ley N° 20.981 de 2017, Ley de Presupuestos del mismo año, solo en caso de existir una provisión de estos bienes en mejores condiciones de precio o por imposibilidad de Cenabast de asegurar su provisión, las entidades indicadas podrían comprar directamente, debiendo remitir los antecedentes a la

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Subsecretaría de Redes Asistenciales (partida Ministerio de Salud, glosa 02 letra g), p. 592); aspecto que perduró durante los años 2018 y 2019;

- d. A ello, se suma que la referida Ley de Presupuestos 2017 ordenó que “[a]l menos un 60% del gasto en medicamentos e insumos médicos, preferentemente los de alta rotación, de los Servicios de Salud, establecimientos dependientes, Establecimientos de Autogestión de Red (EARs) y establecimientos creados por los D.F.L. N°s 29,30 y 31 del Ministerio de Salud, año 2001, deberán ser provistos por la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud” (partida Ministerio de Salud, glosa 02 letra g), p. 592). Ello se mantuvo durante el 2018 y, según da cuenta la Ley N° 21.125, relativa al presupuesto de 2019, tal porcentaje se elevó a un 80% para dicho año (partida Ministerio de Salud, glosa 02 letra h), p. 618);

**Nonagésimo:** Que los antecedentes expuestos dan cuenta que el legislador ha priorizado la expansión de Cenabast por sobre otros compradores públicos en el mercado relevante definido y, por consiguiente, no es posible para los proveedores sustituir la producción destinada a esos establecimientos por vías distintas de aprovisionamiento, lo cual incrementa el poder de mercado de la Demandada. En consecuencia, Cenabast todavía posee una posición dominante en el mercado relevante previamente definido, por lo que corresponde analizar la imputación de abuso de posición dominante alegada en su contra por Asilfa;

**c. Análisis de la acusación de abuso**

**Nonagésimo primero:** Que, respecto de la acusación de abuso de posición dominante, Asilfa imputó a Cenabast haber continuado adjudicando y ejecutando licitaciones “conforme a (i) Los términos de las Bases Tipo [Resolución N° 272/2014] reprochados en la Sentencia y a (ii) Los términos de la Resolución N° 341/2016 que replicaron y empeoraron los de las Bases Tipo [...] sin haber dispuesto al efecto ninguna medida de mitigación” (fojas 59). Esgrimió así que el abuso habría consistido en que la Demandada perpetuó las distorsiones expuestas en la Sentencia, las que habrían prolongado, entre otras cosas, la existencia de barreras a la entrada para oferentes, la falta de incentivos para el pago oportuno de parte de establecimientos públicos, la discrecionalidad del mecanismo de corte de despachos de medicamentos, el desequilibrio de las garantías y multas entre comprador y proveedor, y la ausencia de neutralidad sancionatoria por parte de Cenabast (fojas 99 a 127);

**Nonagésimo segundo:** Que, si bien la orden de la Sentencia recayó sobre el contenido de la Resolución N° 272/2014, ella también alcanza todas sus eventuales modificaciones, entre las que se debe entender incluida la mencionada Resolución N° 341/2016. Ello, habida consideración de que versan sobre el mismo objeto, este es, regir los procesos

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

de licitación para la adquisición de productos farmacéuticos e insumos destinados al ejercicio de acciones de salud. En ese sentido, si la Demandada mantuvo condiciones que no atendieron los problemas identificados por la Excma. Corte Suprema, ya sea por mantener el acto administrativo, por modificarlo o reemplazarlo, ello derivaría única y necesariamente en el incumplimiento de la Sentencia, como ya se analizó en la sección 4.1;

**Nonagésimo tercero:** Que, en este orden de ideas y pese a que se concluyó que Cenabast tiene una posición de dominio de la cual podría abusar, la conducta de abuso imputada no es más que el fundamento directo de la acusación de incumplimiento ya analizada en este fallo, sin que pueda considerarse como una conducta distinta de aquella. En efecto, la mantención de determinadas condiciones de aprovisionamiento que infrinjan lo ordenado por la Excma. Corte Suprema, sea a través de cualquier acto administrativo que rija los procesos de licitación ya examinados en la Sentencia, constituye precisamente una conducta infraccional por incumplimiento de una resolución judicial;

**Nonagésimo cuarto:** Que, asentado todo lo antedicho, 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;

## **5. Determinación de medidas a aplicar**

**Nonagésimo quinto:** Que, el incumplimiento de medidas impuestas por resoluciones de este Tribunal o de la Excma. Corte Suprema implica necesariamente una infracción al D.L. N° 211 y, tal como se ha indicado en otros casos, este *“se trata de un acto reprochable, independientemente de la gravedad que se atribuya a las circunstancias que configuran la infracción en particular”* (Sentencia N° 147/2015, c. 137° a 139°). Con todo, en el particular, corresponde determinar los efectos anticompetitivos que produjo o pudo producir el incumplimiento de la Sentencia por parte de Cenabast que fue acreditado en autos y las medidas aplicables conforme lo disponen los artículos 3° y 26 del mismo cuerpo legal;

**Nonagésimo sexto:** Que, las letras a) y c) del artículo 26 del referido cuerpo normativo indican que el Tribunal podrá adoptar las siguientes medidas: *“a) Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley; [...] c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente al treinta por ciento de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción. En el evento de que no sea posible determinar las ventas ni el beneficio económico obtenido por el infractor, el Tribunal podrá aplicar multas hasta por una suma equivalente*

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

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

**Nonagésimo séptimo:** Que corresponde remitirse al Informe FNE, emitido con ocasión de su participación en el proceso de elaboración de las bases contenidas en la Resolución N° 316/2020. El referido informe concluyó, entre otras cosas, que dentro de los “*cambios que tienen por objeto corregir o disminuir las Distorsiones identificadas por la Corte Suprema*” (párrafo 28, p. 10), el principal de ellos es “*la implementación de un nuevo procedimiento de suspensión de entrega de medicamentos a un establecimiento público, lo que tiene por objeto incentivar pagos oportunos y evitar que los proveedores deban soportar las consecuencias de la mora*” (párrafos 33 y siguientes, pp. 10-15);

**Nonagésimo octavo:** Que, como se ha venido reiterando, la Excm. Corte Suprema mandató a la Fiscalía a participar del proceso de elaboración de las bases que cumplieren con las finalidades expuestas en la Sentencia. Dicha participación, consecuentemente, fijó un estándar que en lo sucesivo no puede ser desatendido por la Demandada, como lo hizo al confeccionar la Resolución N° 87/2022, que modificó las Bases revisadas por la FNE de un modo gravoso para los proveedores;

**Nonagésimo noveno:** Que, sin perjuicio de la existencia de un incumplimiento por parte de Cenabast, esta implementó una medida de mitigación previamente, a saber, la plataforma *online* para la suspensión de entrega de medicamentos que fue referida en los considerandos cuadragésimo octavo y siguientes *supra*. A tal efecto, el Informe FNE analizó el impacto de dicha plataforma entre enero de 2016 y junio de 2020, y concluyó lo siguiente:

- a. El plazo de respuesta de Cenabast a las solicitudes de parte de los proveedores se redujo de un promedio de 42,7 días hábiles para 2018 a un promedio de 5,2 días hábiles para 2019, y de 5,1 días hábiles entre enero y junio de 2020 (Tabla N° 2, pp. 17-18);
- b. El número de solicitudes de suspensión que fueron aceptadas por Cenabast pasó de 2.441 en 2018 a casi 12 mil solicitudes aceptadas en 2019, y cerca de 8.500 entre enero y junio de 2020 (Tabla N° 3, p. 19). Ello, en opinión de la Fiscalía, “*probablemente como consecuencia de que la plataforma web de suspensiones facilitó la realización de solicitudes, permitiendo un actuar más ágil por parte de los proveedores*” (párrafo 68, p. 20); y que,

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

- c. El porcentaje de deuda en mora regularizada, esto es, aquella eventualmente pagada por el establecimiento o, en ciertos casos, desestimada por errores en la solicitud, considerando solo las solicitudes recibidas por Cenabast, aumentó de un 7,0% en 2018 a un 63,9% en 2019, y llegó a casi un 40% entre enero y junio de 2020 (nota al pie N° 77, p. 19 y Tabla N° 4, pp. 20-21);

**Centésimo:** Que, como se puede observar de los resultados expuestos por la Fiscalía en su informe, la medida implementada por la Demandada tuvo efectos positivos en el mercado. Por un lado, Cenabast fue capaz de responder de forma más expedita a las solicitudes de suspensión de los proveedores; y por otro, los proveedores pudieron aumentar las solicitudes de suspensión en caso de mora por parte de un establecimiento. Por último, los establecimientos públicos iniciaron la regularización de gran parte de su morosidad;

**Centésimo primero:** Que, por consiguiente, la implementación de la plataforma *online* será considerado como una atenuante en la determinación de la multa. En efecto, el hecho que la Demandada efectuó modificaciones beneficiosas en sus procedimientos, las cuales, en la práctica y con relativa celeridad, se tradujeron en que la mora se redujera considerablemente e incentivaron a los establecimientos a pagar oportunamente. Sin perjuicio de lo anterior, ello no obsta del análisis realizado por esta judicatura en este fallo, en particular, que esta medida no se incorporó en la Resolución N° 341/2016, que fueron las bases utilizadas por Cenabast durante el periodo bajo el cual se imputan los hechos, tal como se señala en el considerando quincuagésimo segundo y ello pudo generar incertidumbre en los proveedores;

**Centésimo segundo:** Que, respecto a la determinación de una eventual multa, Asilfa solicitó que se aplique una equivalente a 2.500 unidades tributarias anuales, o el monto que este Tribunal estime conforme a derecho, por cada infracción indicada (fojas 132 y 133, párrafo 1.16 de la parte expositiva). En contraposición, la Demandada solicitó que se le exima del pago de multas o, en su defecto, se establezcan en una cuantía mínima (fojas 548, párrafo 2.28 de la parte expositiva);

**Centésimo tercero:** Que, en consideración a lo indicado en la letra c) del artículo 26 del D.L. N° 211, en lo que se refiere a la capacidad económica del infractor, cabe señalar que de acuerdo con lo que dispone el artículo 2° del Decreto N° 78, de 1989, del Ministerio de Salud, Cenabast es un servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y de patrimonio propio. A su vez, de la naturaleza de sus funciones descritas en el Título II del referido decreto, Cenabast no es de aquellas instituciones públicas que perciba ingresos o utilidades por conceptos de los servicios que ejecuta;

**Centésimo cuarto:** Que, ahora bien, respecto al destino de las multas cobradas por Cenabast a los proveedores por incumplimiento cabe recordar que dicho asunto fue

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

analizado y cuestionado en la Sentencia, la cual determinó que no podían considerarse como patrimonio propio, precisamente por su calidad de mandatario de los establecimientos públicos y en tanto no existe norma legal que la faculte para ello (Sentencia, c. 14°-15°). Así, Cenabast dispuso de una cuenta bancaria en la cual se mantienen los dineros de la aplicación de multas, para luego informar a los establecimientos que los dineros les serían transferidos a las cuentas que ellos indicaren (agregado a fojas 1091, según consta en el certificado de fojas 1092). Este cambio en el destino de las multas confirma el razonamiento realizado en la consideración anterior;

**Centésimo quinto:** Que, asimismo, la Demandante tampoco ha logrado cuantificar la obtención de algún un beneficio económico por parte de los servicios públicos de salud. De esta manera, no existen ventas o beneficios percibidos que puedan ser evaluados para fijar una base de cálculo de una sanción y, por tanto, no se pueden aplicar en este caso los criterios inherentes a una empresa o corporación con fines de lucro. En consecuencia, la entidad de la multa se centrará en su efecto disuasivo (*v.gr.*, Sentencia N° 164/2018, c. 43°; y Sentencia N° 75/2008, c. 66°);

**Centésimo sexto:** Que, adicionalmente, de manera similar a lo expuesto en la Sentencia N° 77/2008 (c. 70°, confirmada por la Excma. Corte Suprema en sentencia de 27 de mayo de 2009, en causa Rol C.S. N° 7.796-2008), lo adecuado es que en este caso la cuantía de la multa sea de menor entidad, puesto que la aplicación de una sanción económica relevante hacia Cenabast podría irrogar un perjuicio para los usuarios del sistema público de salud, que sería adicional a la merma sobre las condiciones de libre competencia que han debido soportar los consumidores finales producto de las falencias del proceso de licitación;

**Centésimo séptimo:** Que, por otra parte, en lo referente a las posibles circunstancias agravantes que considera el artículo 26 inciso final del D.L. N° 211, no existen antecedentes en autos que demuestren que la Demandada haya tenido la calidad de reincidente por haber sido condenada previamente por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez años;

**Centésimo octavo:** Que, haciendo uso de la facultad de este Tribunal para disponer de medidas preventivas, correctivas o prohibitivas, según disponen los artículos 3° inciso primero y 26 del D.L. N° 211, en base a lo expuesto, se aplicará a Cenabast una multa proporcional a la conducta acreditada y demás circunstancias analizadas, ascendente a 100 unidades tributarias anuales. Adicionalmente, se ordenará 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

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

(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 Resolución N° 316/2020;

**Y TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3° y 19 y siguientes del Decreto Ley N° 211,

**SE RESUELVE:**

1. **RECHAZAR** la excepción de cosa juzgada opuesta por la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud;
2. **ACOGER** la demanda interpuesta por la Asociación Industrial de Laboratorios Farmacéuticos A.G., solo en cuanto se declara que la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud incumplió la sentencia de 21 de diciembre de 2017, de la Excma. Corte Suprema, dictada en los autos Rol N° 11.779-2017;
3. **IMPONER** a la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud las siguientes medidas:
  - 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 Afecta N° 316/2020 de 17 de noviembre de 2020, de Cenabast, 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.
  - b. 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 Resolución Afecta N° 316/2020 de 17 de noviembre de 2020, de Cenabast.
  - c. La Demandada dispondrá de 30 días hábiles para realizar las modificaciones pertinentes, a fin de cumplir con lo resuelto por la Excma. Corte Suprema en su sentencia de 21 de diciembre de 2017, procurando optar por la vía más expedita para que dichas modificaciones sean aplicadas en el mercado relevante de autos. Ello implica realizar todas las gestiones tendientes a que estas se utilicen de manera efectiva en las licitaciones de fármacos e insumos médicos. La Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud deberá informar a la Fiscalía Nacional Económica de los cambios realizados y medidas aplicadas;

**REPUBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

4. **CONDENAR** a la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud al pago de una multa, a beneficio fiscal, ascendente a 100 unidades tributarias anuales; y,
5. **NO CONDENAR** en costas a la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, por no resultar totalmente vencida.

Notifíquese personalmente o por cédula.

Inclúyase en el estado diario la sentencia precedente y publíquese una vez que todas las partes del proceso se encuentren notificadas. Archívese en su oportunidad.

Rol C N° 374-19.

No firma el Ministro Sr. Jaime Barahona Urzúa, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, por no contar con los medios electrónicos para ello.

Pronunciada por los Ministros Sr. Nicolás Rojas Covarrubias, Presidente, Sra. Daniela Gorab Sabat, Sra. Maria de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Ricardo Paredes Molina, Sr. Jaime Barahona Urzúa. Autorizada por la Secretaria Abogada, Sra. María José Poblete Gómez



\*D8B4B926-3BE9-4006-BB74-CD3A22282E5F\*

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en [www.tdlc.cl](http://www.tdlc.cl) con el código de verificación indicado bajo el código de barras.