

TRIBUNAL DE DEFENSA
13 ENE 2023 13:50 Sc
DE LA LIBRE COMPETENCIA

Interpone Recurso de Reclamación.

Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Oscar A. Corvalán A. —abogado— por la demandante Asociación Industrial de Laboratorios Farmacéuticos de Chile A.G. —en adelante «**ASILFA**»— en autos contenciosos caratulados **ASILFA vs. Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud** —en adelante ésta última también «**Cenabast**» o la «**Central**»— Rol C-374/2019 al H. Tribunal respetuosamente digo:

Estando dentro de plazo y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973 —en adelante «**DL 211**»— deduzco recurso de reclamación en contra de vuestra sentencia N°184 de 29 de diciembre de 2022 —en adelante la «**Sentencia**» o la «**Sentencia Reclamada**»— notificada a esta parte el 3 de enero de 2023, que condenó a Cenabast por incumplimiento de la Sentencia de la Excm. Corte Suprema dictada el 21 de diciembre de 2017¹ y que interpongo sólo en cuanto la Sentencia Reclamada, apreciando y ponderando erróneamente la prueba: i) Impuso una exigua multa de 100 Unidades Tributarias Anuales a Cenabast, cuya cuantía no constituye un disuasivo de futuras infracciones de la demandada, no se condice con la gravedad de la conducta sancionada, que se ha extendido por más de 5 años y que más que negligente resulta dolosa conforme a las propias consideraciones de la Sentencia Reclamada y al mérito de autos (ii) No se pronunció sobre peticiones concretas formuladas en la demanda (iii) Descartó el abuso de posición dominante de Cenabast mientras ha mantenido incumplida la Sentencia de la Excm. Corte Suprema y iv) No condenó en costas a la Central.

Esta parte solicita se tenga por interpuesto el presente recurso de reclamación en contra de la Sentencia y se conceda para ante la Excm. Corte Suprema a fin de que ésta la enmiende en lo reclamado y según se solicita en el presente recurso, de conformidad a los argumentos de hecho, de Derecho y económicos que a continuación paso a exponer.

¹ Dictada el 21 de diciembre de 2017 por la Excm. Corte Suprema, en los autos Rol N° 11.779-2017.

I. La Incumplida Sentencia de la Excma. Corte Suprema.

1. Este fallo fue dictado por la Excma. Corte Suprema en los autos Rol N° 11.779-2017 hace más de 5 años, el 21 de diciembre de 2017 y su «Cúmplase» por el H. Tribunal el 2 de enero de 2018, resolviendo definitivamente la consulta formulada por ASILFA en esta jurisdicción, relativa a la Resolución N.º 272 de 2014 de Cenabast² —en adelante la **«Resolución 272»**— continente de las bases de licitación tipo para la adquisición de medicamentos e insumos médicos de esa entidad. Estas bases al ser «tipo» se han replicado en cientos de licitaciones particulares para la adquisición de medicamentos específicos gestionadas por Cenabast y en las que ésta tiene el rol de mandataria de la parte compradora, constituida por las instituciones de salud a que se refiere el Artículo 68 inciso 3º del DFL 1/2005 del Ministerio de Salud³ —en adelante las **«Instituciones»**.

2. La incumplida Sentencia de la Excma. Corte Suprema identificó **una serie de distorsiones** provocadas por la Res. 272 en el mercado relevante —en adelante las **«Distorsiones»**— que constituían **un abuso de posición dominante** de Cenabast [Considerandos Décimo y Décimo Sexto de ese fallo] y que —entre otras anomalías— hacían soportar a los proveedores la mora e insolvencia de las Instituciones, **afectando su libertad económica; desincentivaban a los oferentes a competir**, ya que añadían incertidumbre respecto de la real obtención del beneficio económico buscado; **producían un aumento en los precios de las ofertas económicas** dado que los oferentes debían considerar en ellas la muy probable mora en el pago por el aprovisionamiento de productos farmacéuticos; impedían la entrada al mercado de competidores que no pudieran soportar dicha mora o insolvencia, **constituyendo ello una barrera de entrada**; y provocando en definitiva un **desequilibrio anticompetitivo** entre los derechos y obligaciones de proveedores e Instituciones demandantes de medicamentos en el mercado relevante. En relación a las Distorsiones, la Sentencia Reclamada expuso:

² La **Resolución Afecta N.º 272/2014** de Cenabast —de 29 de julio de 2014— contiene las Bases Administrativas Tipo que Rigen los Procesos de Licitación Pública de Compra Medicamentos, Dispositivos e Insumos Médicos y Alimentos bajo la Modalidad Distribución Directa Destinados al Apoyo del Ejercicio de Acciones de Salud.

³ Este decreto constituye el estatuto legal de Cenabast y otros servicios públicos del sistema de salud, fijando el *Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979 y de Las Leyes N° 18.933 y N° 18.469.*

«QUINTO: En dicha [incumplida] 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”**» —en adelante lo «Ordenado». [Lo que va entre corchetes y el énfasis es nuestro]

3. Aproximadamente catorce meses después, el 22 de abril de 2019, ASILFA demandó a Cenabast por las siguientes infracciones al DL 211:

A. El incumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte, ya que el proceso supuestamente iniciado por la demandada para su cumplimiento NO había tenido por objeto cumplir lo Ordenado.

B. El abuso de posición dominante de la demandada ejecutado con posterioridad al «Cúmplase» de la Sentencia de la Excma. Corte —2 de enero de 2018— y que ha consistido en seguir adjudicando y ejecutando licitaciones adjudicadas conforme a: (i) Los reprochados términos de las bases tipo contenidos en la Res. 272 y a (ii) Los términos de la Resolución N.º 341/2016 que **replicaron y empeoraron** los de la Res. 272 tipo y fueron aplicados a partir de julio de 2018 —sin haber dispuesto al efecto Cenabast ninguna medida de mitigación de las Distorsiones— infringiendo de este modo: (a) El deber de cuidado que la condición de dominante —establecida en la Sentencia de la Excma. Corte— le impone a la Central, de evitar la ejecución de prácticas lesivas de la libre competencia y (b) El Art. 3º inciso primero e inciso segundo letra b) del DL 211.

En la demanda de autos esta parte solicitó al H. Tribunal la aplicación de diez medidas para remediar las Distorsiones detectadas por la incumplida Sentencia de la Suprema Corte a fin de que fueran incorporadas a las bases de licitación tipo de Cenabast — independientemente de la resolución en que estén contenidas, en adelante **«bases tipo»**.

4. La Sentencia Reclamada accedió en parte a lo solicitado resolviendo lo siguiente, que transcribimos con énfasis agregado:

«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;**

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.»

II. Reclamación en Cuanto a la Multa.

1. Esta parte reclama la multa impuesta a Cenabast de UTA 100 en cuanto a su cuantía, ya que: a) Resulta exigua y por ende lejos de lo disuasivo de futuros abusos de Cenabast y b) No se condice con la gravedad de la conducta sancionada **que se ha extendido por más de 5 años** y que más que negligente se trató de un incumplimiento **doloso**, según se desprende de las consideraciones de la propia Sentencia Reclamada y del mérito de autos.

2. Si bien son varias las consideraciones de la Sentencia Reclamada que apuntan en la dirección dolosa, lo más revelador al respecto ha sido el hecho de que Cenabast haya condicionado el cumplimiento de lo Ordenado a la entrega por parte de los proveedores de información que la Central **ya tenía a su disposición** y que **no era indispensable** para poder continuar con el proceso de reformulación de las bases tipo Ordenado. Revisemos los considerandos de la Sentencia Reclamada y la prueba que refuerza la tesis del incumplimiento doloso.

(i) **Cenabast paralizó las conversaciones con proveedores para solicitarles información que no era indispensable para el cumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte y que era accesible o estaba en posesión de la Central.** Así lo consigna el siguiente considerando de la Sentencia Reclamada.

*«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;**»*

Enfasis agregado.

Esta constatación constituye evidencia directa de la mala fe desplegada por Cenabast para incumplir lo Ordenado. Sin embargo, veremos que este no es el único elemento sobre el punto. Otras consideraciones de la propia Sentencia Reclamada y diversa prueba allegada a los autos refuerzan el aserto doloso.

(ii) **Seis meses después de dictada la Sentencia de la Suprema Corte que resolvió lo Ordenado, Cenabast empezó a aplicar las bases tipo contenidas en su Resolución 341 de 2016 —en adelante la «Resolución 316/2016»— a partir de julio de 2018 siendo que ésta mantenía las ya abusivas y reprochadas condiciones de la Res. 272 y más aún las empeoraba significativamente en perjuicio de los proveedores.** Ello surge claro de la comparación de las condiciones del mecanismo para suspender el despacho de productos a Instituciones morosas de la Res. 272 con las de la Resolución 341/16, contenidos en distintos cuadros de la Sentencia Reclamada que cotejamos a continuación en la siguiente página.

Considerando Septuagésimo

Considerando Quincuagésimo primero

Resolución N° 272/2014 (sección XII, p. 43)
<p>"CENABAST podrá autorizar 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 45 días, 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 15 días hábiles" (énfasis añadido).</p>

Resolución N° 341/2016 (sección XIV, p. 26)
<p>"CENABAST podrá autorizar 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: [...]</p> <p>- Que hayan transcurrido a lo menos 60 días 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 20 días hábiles" (énfasis añadido).</p>

Como puede advertirse, los plazos para poder accionar el mecanismo de suspensión de despachos a instituciones morosas se alargan considerablemente en perjuicio del proveedor impago, alcanzado una porción importante de los 12 meses en que habitualmente se adjudican los suministros licitados.

A pesar de **saber** que la Sentencia de la Excma. Corte había reprochado la Res. 272 como un abuso de posición dominante, por obligar a los proveedores a soportar la mora de las Instituciones, afectando su libertad económica, la Central **empeoró objetiva y conscientemente** la posibilidad para un proveedor impago de poder suspender los despachos a una Institución morosa a partir de la aplicación de la Resolución 341/2016 en julio de 2018. Este comportamiento abusivo, como hemos dicho, **objetivo, consciente** y sin mitigación alguna, no puede ser considerado sino **doloso**.

(iii) En la Resolución 341/2016 Cenabast introdujo conscientemente y sin mitigación de ninguna especie, incertidumbres de magnitud en relación a lo licitado ya que establece tres opacas formas de contratación que no estaban presentes en la Res. 272 y que arrojan oscuridad sobre la cantidad de lo licitado, por ende del precio final a recibir por el contrato adjudicado, y la vigencia del suministro. Esta opacidad fue introducida en un nuevo capítulo 9 de la Res. 341/2016 que transcribimos a continuación.

«9. Modalidad de adquisición y distribución de la licitación:

9.1. Modalidad de adquisición: Las maneras en que CENABAST podrá adquirir los productos programados por sus mandantes, serán indicadas en el ANEXO N.º 8 y corresponderán a las siguientes:

«a) Estándar: En este caso, CENABAST adjudica una cantidad determinada, sea la cantidad total demandada **u otra inferior**, a un precio determinado por un plazo específico, debiendo cumplir con este periodo, y **en caso de existir saldos pendientes a la fecha originalmente pactada se postergará hasta cumplir tal cantidad**, salvo tratándose de los casos contemplado por Capítulo XI de estas Bases.» Enfasis agregado.

El concepto de contrato estándar obscurece las cantidades efectivamente contratadas y el plazo efectivo del contrato adjudicado, ya que de existir saldos pendientes —entendiendo por ello productos adjudicados sin suministrar— el plazo del contrato se extiende, sin limitación, hasta que se suministre toda la cantidad adjudicada. Si el contrato se extiende demasiado, toda la programación del proveedor para cumplir dentro del plazo inicialmente previsto quedará irremediablemente perjudicada, en particular en cuanto los medicamentos pueden vencer o acercarse a su fecha de expira. Con ello el proveedor quedará además expuesto a la aplicación de multas por la Central por entrega de medicamentos de vencimiento inferior al solicitado.

La pregunta obvia es ¿qué hará el proveedor si a consecuencia de la imprevista prolongación del contrato provocado por Cenabast el stock con el que se preparó para cumplir se vence o queda obsoleto? ¿Qué ocurre si los cambios de ritmo de las órdenes de compra se deben a errores administrativos o relativos a un mal cálculo de la demanda? La falta de respuestas a estas preguntas refuerzan las barreras de entrada ya detectadas en el mercado relevante por la incumplida Sentencia de la Excma. Corte.

Una incertidumbre artificial que genera ineficiencias completamente irracionales, pero que son aún peores en el caso de los llamados contratos de suministro.

«b) Contrato de Suministro: En este caso, CENABAST adjudica un precio unitario con una **indicación aproximada del consumo** y la **duración del contrato estará dada por el plazo del contrato o por la disponibilidad presupuestaria existente**, lo que primero ocurra. En todo caso los requerimientos de **suministros de los productos serán de flujo variable**, no comprometiéndose Cenabast a requerir y adquirir productos por el monto total, periodo contratado o una determinada cantidad de los mismos de manera periódica durante la vigencia del contrato.» Enfasis agregado.

En el caso de Contrato de Suministro la situación es aún peor para el proveedor ya que —de acuerdo a la lectura de lo transcrito— la duración de convenio puede quedar dada por la disponibilidad presupuestaria existente —o sea— podría terminar cuando se acaben los fondos.

Por otra parte, en el Contrato de Suministro la cantidad a suministrar es absolutamente incierta. La cláusula transcrita es clarísima en cuanto a que los requerimientos de suministros de los productos serán de flujo variable, no comprometiéndose Cenabast a requerir y adquirir productos por el monto total, periodo contratado o una determinada cantidad de los mismos de manera periódica durante la vigencia del contrato.

Finalmente la Resolución 341/2016 introdujo el contrato por zona.

«c) Por Zona: En dicho caso el llamado se hace por zonas debiendo el proveedor ofertar por una o más zonas.»

La modalidad de adquisición por zona —finalmente— está completamente desprovista de contenido. No se sabe de qué trata, si comprende o no en todo o parte las modalidades Estándar o Contrato de Suministro.

Finalmente, la Resolución 341/2016 no especifica, ni funda, cuando o a qué casos, aplica una u otra modalidad.

Dada la objetiva oscuridad de lo anterior, no puede sostenerse que su introducción no fuera consciente. En otras palabras, su introducción fue consciente y por ende, en dolosa infracción de lo Ordenado.

Ello más aún cuando, según Cenabast reportó a la FNE, a inicios de 2018 —es decir 6 meses antes de la aplicación de la más abusiva Resolución 341/2016— supuestamente se había creado un Comité Técnico de Bases al interior de la Central, según consta en el informe final de la FNE sobre el cumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte, a fojas 745.

*«15. En cuanto al proceso institucional, en virtud de lo declarado por la Central de Abastecimiento para la redacción del Borrador de Bases **se formó a inicios del año 2018**, un comité permanente denominado “Comité Técnico de Bases”, conformado por algunas áreas operativas de esta institución.»* Enfasis agregado.

Es decir, al parecer la función del Comité de Bases de Cenabast era empeorar las condiciones de las bases tipo para los proveedores y de paso incumplir la Sentencia de la Excma. Corte Suprema.

(iv) Cenabast modificaba sus bases de licitación en otras materias mientras dilataba y paralizaba la modificación requerida para el cumplimiento de lo Ordenado.

Así lo establece la Sentencia Reclamada en el siguiente considerando:

*«**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);» Enfasis agregado.

La evidencia del dolo en esta parte se completa con las declaraciones de la contestación de la demanda de Cenabast que a fojas 466 al respecto declara que tales modificaciones **«obedecen a otras situaciones que se debían atender sin demora»** admitiendo conscientemente que en realidad, hasta la presentación de la demanda no estaba abocada al cumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte, excusándose además en que dicho fallo no establecía plazo para el cumplimiento, ni **«sanciones en caso de incumplimiento...»** según consta en página 6 del Ord. 3959 de Cenabast, acompañado a escrito de fojas 1054, agregando que en cualquier caso los objetivos de política pública justificaban cualquier supuesta restricción a la competencia. (Alegación subsidiaria Fojas 544).

Ello en abierta contradicción del art. 38 del Código de Procedimiento Civil del que se deriva que las resoluciones judiciales son de cumplimiento inmediato, desde su notificación.

A pesar de admitir Cenabast no estaba cumpliendo lo Ordenado, luego trató de aparentar ante el H. Tribunal que si estaba cumpliendo con ese fallo en supuestas reuniones de trabajo internas.

(v) El supuesto proceso de cumplimiento que Cenabast afirmó ante el H. Tribunal haber estado llevando a cabo antes de la presentación de la demanda resultó ser completamente falso. Ello quedó a la intemperie cuando, según consta en acta de exhibición de documentos de fojas 840, Cenabast no exhibió al H. Tribunal el expediente administrativo de la Resolución N.º 316 de 2020⁴ —que debió abrirse a principios de 2018 con la dictación de la incumplida Sentencia de la Corte Suprema— pese a que por disposición del Art. 18 de la Ley N.º 19.880 todo servicio u órgano de la administración —

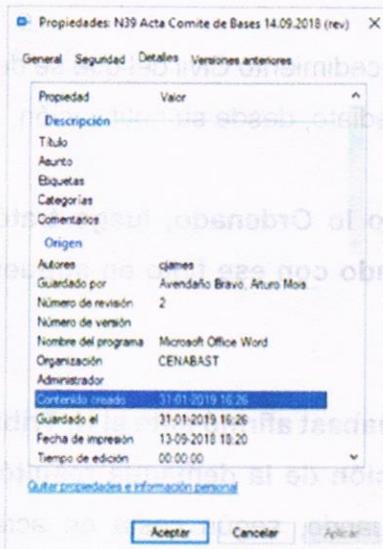
⁴ Esta resolución contiene las bases tipo finalmente aprobadas por la FNE con posterioridad a la presentación de la demanda.

como es el caso de Cenabast— tiene la obligación de mantener un expediente administrativo —escrito o electrónico— respecto de todos los actos administrativos que produzca. Si Cenabast no pudo exhibirlo quiere decir que el expediente administrativo solicitado exhibir no existía antes de la presentación de la demanda de autos y por ende el respectivo supuesto proceso de cumplimiento tampoco.

Ello se vio confirmado por los dudosos antecedentes que Cenabast exhibió en la ocasión, muchos de ellos documentos Word editables, presentados como actas de reuniones de trabajo de su supuesto comité de bases, pero cuya metadata (o “propiedades del documento”) reveló que varios de ellos habían sido antedatados. Así se observó pormenorizadamente por esta parte en escrito de fojas 894, del cual insertamos algunos ejemplos gráficos a partir de fojas 899 de autos.

Acta Comité de Bases 14.09.18.
Creada: 31.01.19. Antedatada

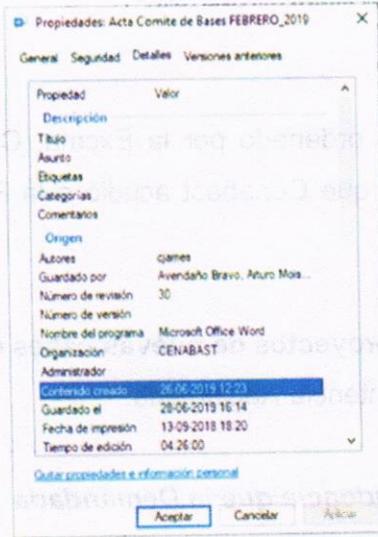
Acta Comité de Bases 11 y 16 ENERO 2019
Creada: 11.02.19. Antedatada



Se aprecia en estos casos que los documentos fueron datados en una fecha anterior a la presentación de la demanda y a su presentación ante la FNE, pero su metadata reveló que habían sido creados meses después.

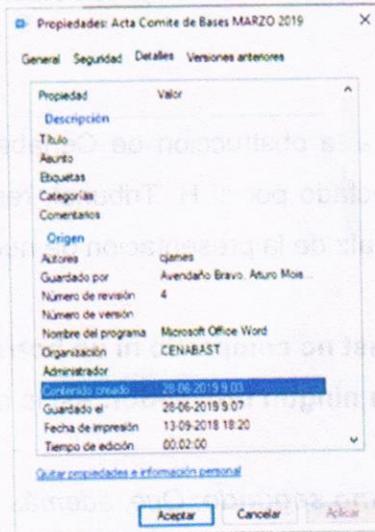
Acta Comité de Bases FEBRERO 2019

Creado: 26.06.19. Tres días hábiles antes de su envío a la FNE. Antedatada.



Acta Comité de Bases MARZO 2019

Creado: 28.06.19. Un día hábil antes de su envío a la FNE



Como se indicó, a fojas 894 esta parte formuló pormenorizadas observaciones en este sentido a lo exhibido por Cenabast ante el H. Tribunal y a cuyo respecto Cenabast no se refirió, no explicó, ni controvirtió.

Lo anterior nos permite afirmar —como se afirmó en los alegatos de esta parte— que el supuesto proceso de Cenabast para el cumplimiento de la Sentencia fue una completa **maskarada** puesta en escena ante el H. Tribunal para aparentar cumplimiento.

(vi) Cenabast convocó a la FNE sólo días después de la presentación de la demanda de autos. Conforme a lo ordenado por la incumplida Sentencia de la Excm. Corte Suprema, el proceso de reformulación de bases tipo requería perentoriamente la participación de la FNE. Sin embargo, ello ocurrió el 3 de mayo de 2019⁵ tan solo días

⁵ Según consta en oficio 1875 de 2 de mayo acompañado por la FNE a Fojas 905.

después de la presentación de la demanda de autos el 22 de abril de 2019 y habiendo mediado su difusión en LaTercera.cl el 30 de abril de 2019.⁶ La Sentencia Reclamada lo constató:

«Cuadragésimo sexto: [...] 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 [...]» Enfasis agregado.

Si se considera la obstrucción de Cenabast al proceso ordenado por la Excma. Corte Suprema, detectado por el H. Tribunal, resulta evidente que Cenabast acudió a la FNE únicamente a raíz de la presentación de nuestro libelo.

(vii) Cenabast no compartió ni un borrador de sus proyectos de nuevas bases con ASILFA ni con ningún proveedor. Así lo constató la Sentencia Reclamada:

«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;» Enfasis agregado.

(viii) Cenabast Torció Gravísimamente lo Aprobado por la FNE. En el marco de la investigación abierta por la FNE a ruegos de Cenabast —por cierto, con posterioridad a la presentación de la demanda— para abocarse tardíamente al cumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, dicha entidad persecutora aprobó las bases tipo de la Resolución N.º 316 de 2020 de Cenabast, por entender que estas tendían a mitigar las distorsiones identificadas por la Suprema Corte, informando que las mismas habían sido ingresadas por Cenabast a Contraloría General de la República para toma de razón. Sin embargo, con posterioridad a ello Cenabast torció sustancialmente lo aprobado y sin presentar ni informar en forma previa a la FNE de los cambios, ingresó a toma de razón la

⁶ Disponible en <https://www.latercera.com/pulso/noticia/asilfa-demanda-cenabast-acusa-abuso-posicion-dominante-pide-multas-2-900-millones/637083/>

Resolución 87/2022 que contenía unas bases tipo que perjudicaban sustancialmente el derecho de los proveedores a suspender el despacho de productos a Instituciones morosas en comparación con lo aprobado por la FNE. Revisemos el relato de esta gravísima situación, **que no puede responder sino a mala fe**, en los considerandos de la Sentencia Reclamada.

«**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 Excm. Corte Suprema** y fomentarían la libre concurrencia (Informe FNE, pp. 16-23);» Enfasis agregado.

«**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, [y aquí una mendaz y gravísima afirmación de Cenabast] 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=ktI7jRhB9a4>);» Lo que va entre corchetes y el énfasis son nuestros.

Sin embargo, los considerandos Septuagésimo primero y Septuagésimo segundo dejan a la intemperie la falsedad de lo afirmado por Cenabast.

333

«**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;» Enfasis agregado.

«**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;» Enfasis agregado.

Sin perjuicio del eufemismo inicial del H. Tribunal de que tales alteraciones *podrían derivar en condiciones más gravosas para los proveedores*, lo cierto es que de su lectura se advierte sin duda alguna, de que se trata de una grave alteración de lo aprobado por la FNE en perjuicio de los proveedores, como luego confirmarán considerandos posteriores de la Sentencia Reclamada, en que derechamente califica el cambio como una abierta infracción a la Sentencia de la Excm. Corte Suprema.

La siguiente tabla del Considerando Septuagésimo segundo de la Sentencia Reclamada grafica la alteración referida precedentemente.

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

Resolución N° 316/2020 (sección XIII, N° 8, p. 32)	Resolución N° 87/2022 (sección XIII, N° 8, pp. 35-36)
<p>"CENABAST autorizará a un proveedor la suspensión de las entregas futuras de un establecimiento, 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 autorizará a un proveedor la suspensión de entregas futuras, solo respecto de productos de Intermediación no procediendo para productos de Programas Ministeriales; 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>
<p>8.4. Que la suspensión se encuentre exclusivamente acotada al contrato y al Punto de entrega." (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).</p> <p>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.</p> <p>8.5. Que la suspensión se encuentre exclusivamente acotada al producto y al (los) punto(s) de entrega en que incide el incumplimiento, y:</p> <p>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" (énfasis añadido)</p>

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

Un paréntesis. Hacemos presente que la Tabla N.º 3 contiene un error y es que la Resolución 316 **no** contiene el punto 8.4 que limita la suspensión del despacho a la órbita del respectivo contrato (relativo al producto impago) y al Punto de entrega (Institución). Dicha limitación está contenida en las reprochadas bases de la Res. 272 pero no en la Resolución 316/2020 aprobada por la FNE.

En efecto, en la siguiente imagen de la página 31 de la Resolución 316⁷ consta que el procedimiento de suspensión de despachos a Instituciones morosas no contiene un punto 8.4, ni sus limitaciones.

⁷ Documento acompañado por la FNE a fojas 905 carpeta «FNE públicos fs. 905» / «Documentos Públicos» / «Expediente Rol N°2557-19»

8. SUSPENSIÓN DE ENTREGAS

CENABAST autorizará 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:

- 8.1. Solicitud del proveedor mediante la plataforma web dispuesta para este proceso.
- 8.2. Que el proveedor no presente sanciones por concepto de no entrega dentro de los tres meses anteriores a la revisión.
- 8.3. Que hayan transcurrido a lo menos 15 días de vencido el plazo para el pago de las(s) factura(s).

Una vez ingresada la solicitud, CENABAST verificará el cumplimiento de las condiciones citadas y notificará a las partes involucradas. Se dispondrá de un monitor web para la comunicación entre el proveedor y el establecimiento. El proveedor deberá responder a las observaciones del establecimiento ingresadas en el monitor de acuerdo a los plazos establecidos en el art. 43 de la ley N° 19880, de lo contrario se entenderá por abandono del procedimiento. Con todo, desde la solicitud de suspensión de entrega por parte del proveedor, en caso de no existir respuesta del establecimiento obligado al pago dentro de un plazo de 5 días hábiles, se bloquearán por sistema dichas entregas futuras y nuevos contratos celebrados con el proveedor.

Para mayor información y transparencia, se dispondrá de un manual de uso, en plataforma Web CENABAST.

XIV DE LA FACTURACION Y PAGO

1. De la Facturación:

1.1. De los contenidos minimos de la factura.

El informe aprobatorio de la FNE confirma a fojas 750 de autos que lo aprobado es una suspensión del despacho a Instituciones morosas sin las limitaciones comentadas.

- 34. A continuación, la Tabla N° 1 muestra una comparación entre lo regulado por la Resolución N° 272 y lo establecido en la propuesta del Borrador de Bases:

Tabla N° 1: Comparativo del procedimiento suspensión de entregas entre la Resolución N° 272 y el Borrador de Bases*.

Temas	Resolución N° 272 (sección XII, N° 2)	Borrador de Bases (sección XIII, N° 8)
Facultad/ Obligación de autorizar	CENABAST podrá autorizar a un proveedor la suspensión de las entregas futuras de un producto de intermediación, sólo una vez que se cumplan copulativamente las siguientes condiciones:	CENABAST autorizará a un proveedor la suspensión de las entregas futuras de un establecimiento público o privado, correspondiente a las entregas de productos de intermediación, sólo una vez que se cumplan los siguientes requisitos copulativamente:
Requisitos de la solicitud	<p>1. Solicitud del proveedor en tal sentido, ingresada a través de la Oficina de Partes de CENABAST, en que se detalle el cumplimiento de cada una de las condiciones previstas para ello y que se indican a continuación;</p> <p>2. Que el proveedor haya efectuado en tiempo y forma las entregas anteriores del producto en cuestión respecto del punto de entrega;</p> <p>3. Que hayan transcurrido a lo menos 30 días o el plazo superior que establezca para el pago otra norma legal, según corresponda, de vencido el plazo establecido en este capítulo para el pago de la(s) facturas(s), sin que ésta(s) se encuentre(n) pagada(s); y³</p> <p>4. Que la suspensión se encuentre exclusivamente acotada al producto y al (los) punto(s) de entrega en que incide el incumplimiento.</p>	<p>1. Solicitud del proveedor mediante la plataforma web dispuesta para este proceso.</p> <p>2. Que el proveedor no presente sanciones por concepto de no entrega dentro de los tres meses anteriores a la revisión.</p> <p>3. Que hayan transcurrido a lo menos 15 días de vencido el plazo para el pago de las(s) factura(s).</p>

Volviendo a la grave alteración de lo aprobado por la FNE que implicó la Resolución 87/2022, la Sentencia Reclamada la condena, sin ambigüedades, como una infracción a la Sentencia de la Excma. Corte Suprema.

«**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;**» Enfasis agregado.

«**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;» Enfasis agregado.

«**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;» Enfasis agregado.

Todos los elementos hasta aquí citados y relatados, pero muy en particular: a) El hecho de que Cenabast condicionara el cumplimiento de lo Ordenado a la entrega por parte de los proveedores de información que la Central ya tenía a su disposición y que no era indispensable para continuar con el trabajo tendiente a cumplir con ello y b) La alteración de lo aprobado por la FNE, en perjuicio de los proveedores, sin informar de ello a dicha entidad persecutora y que, más aún, Cenabast trató de «pasar de contrabando» afirmando a fojas 1097 ante el H. Tribunal que las modificaciones de la Resolución 87/2022 **no decían relación con el objeto de este proceso**; permiten sostener que el incumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema ha sido doloso y no negligente como se desprende del considerando Sexagésimo tercero de la Sentencia Reclamada que estima que «[...] la Demandada, en observancia de sus funciones, **debió actuar con mayor diligencia y prontitud**;».

La gravedad de lo anterior y los más de 5 años de incumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema permiten reclamar fundada y justificadamente el aumento de la multa impuesta a Cenabast por la Sentencia Reclamada a UTA 2.500 como se solicitó en la demanda.

Como vuestra Excma. Corte podrá apreciar hasta aquí, el comportamiento doloso de Cenabast para incumplir vuestra Sentencia constituye un verdadero desprecio por esta jurisdicción y una gravísima afrenta a nuestro máximo tribunal.

La atenuante que la Sentencia Reclamada dice ver en el comportamiento de Cenabast queda neutralizado por sus propias consideraciones. En efecto, si bien la Sentencia Reclamada reconoce que en octubre de 2018 Cenabast implementó una plataforma online para agilizar el aceptar o rechazar las solicitudes suspensión de entrega de medicamentos a Instituciones morosas, al mismo tiempo admite que no fue incorporada a las bases de

licitación tipo y así los proveedores no tuvieron base normativa para obligar a Cenabast a cumplir en los términos de la propuesta informada a la FNE.

*«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, consecuentemente, pudo provocar incertidumbre en los proveedores;» Enfasis agregado.*

Es por ello que la plataforma no puede ser considerada como un atenuante para la determinación de la multa ya que en nada mitigó las distorsiones y abuso de proveedores constatadas por la incumplida Sentencia de la Excma. Corte Suprema.

3. La Exigua Multa de UTA 100 no es Disuasiva. Cenabast es un infractor incorregible y lo infraccional en la Central es un asunto **sistémico**. Basta una breve revisión de los antecedentes de autos en relación a los directores que la han presidido desde la fecha de la dictación de la incumplida Sentencia de la Corte Suprema para ver que, independientemente del gobierno de turno y su distinción política o de si se trata de directores titulares o subrogantes, la respuesta es siempre la misma: Infracción y abuso permanente.

- a. **Don Pablo Venegas Diaz** fue director de Cenabast entre septiembre de 2016 a marzo de 2018, como indica su curriculum en la plataforma de profesionales LinkedIn⁸ bajo la administración de la Presidenta Michelle Bachelet.

⁸ Pablo Venegas D. en LinkedIn.com <https://www.linkedin.com/in/pablo-venegas-aab32640/?originalSubdomain=cl> y en web Cenabast.cl <https://www.cenabast.cl/pablo-venegas-es-nombrado-director-de-cenabast-a-traves-del-sistema-de-alta-direccion-publica/>

- b. **Don Christian Venegas Tudela** asumió como director subrogante de Cenabast luego de la partida de don Pablo Venegas Díaz, bajo la administración de la Presidenta Michelle Bachelet y luego bajo la del Presidente Sebastián Piñera.
- c. **Don Valentín Díaz Gracia** fue director de Cenabast a partir julio de 2019, de acuerdo a publicación de Cenabast.cl de 19 de julio de 2019⁹ bajo la administración del Presidente Sebastián Piñera.
- d. **Don Christian Venegas Tudela** asumió nuevamente como director subrogante de Cenabast luego de la partida de don Valentín Díaz Gracia, al menos desde marzo de 2022, bajo la administración del Presidente Gabriel Boric, según publicación de Cenabast.cl.¹⁰ De acuerdo a información disponible en serviciocivil.cl don Christian Venegas Tudela ha sido abogado de Cenabast desde 2005 y luego desde 2016 su Jefe Jurídico¹¹ asumiendo la dirección subrogante de esa entidad desde esa posición.

4. Si Cenabast incumplió la Sentencia de la Corte Suprema de modo tan abierto y grave como consta en autos y constata la Sentencia Reclamada, mientras estaba expuesta al juzgamiento y sanción de la jurisdicción de defensa de la libre competencia, podrán entonces los sentenciadores prever desde ya, cómo comportará la Central cuando no esté sujeta a ese escrutinio y eventual sanción. Por ello es que resulta imprescindible y también solicitamos —más adelante— que la Excm. Corte Suprema enmiende la Sentencia Reclamada acogiendo solicitudes concretas de la demanda sobre las cuales el H. Tribunal no se pronunció.

5. Atendido el incumplimiento de la Sentencia de la Excm. Corte Suprema con los agravantes consignados en la Sentencia Reclamada —a pesar de que su Código de Ética sugiera lo contrario— resulta razonable sostener que la exigua multa impuesta a la

⁹ Valentín Díaz Gracia en Cenabast.cl <https://www.cenabast.cl/nombran-por-alta-direccion-publica-a-nuevo-director-de-cenabast/>

¹⁰ Christian Venegas T. en web Cenabast.cl <https://www.cenabast.cl/ministra-de-salud-de-ecuador-visito-cenabast-para-conocer-en-el-modelo-de-abastecimiento-en-chile/>

¹¹ Disponible en <https://documentos.serviciocivil.cl/actas/dnsc/documentService/downloadWs?uuid=dca0db5e-37cb-4600-a0d4-0c4ffe2997f>

demandada no será disuasiva de futuros abusos, razón por la cual se solicita que se enmiende la Resolución Reclamada y se aplique en relación al incumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte la multa solicitada en la demanda de UTA 2.500.

6. Son erróneas las consideraciones de la Sentencia Reclamada en cuanto a que «[...] **Cenabast no es de aquellas instituciones públicas que perciba ingresos o utilidades por conceptos de los servicios que ejecuta**» (Considerando Centésimo tercero) y que **«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».**

7. Erróneo por lo cuantioso de los recursos que Cenabast transa a través de las licitaciones que adjudica y a cuyo respecto cobra hasta un 7% de comisión según consigna el Anuario 2019 de Cenabast acompañado por esta parte a escrito de fojas 1059.

CENABAST

ANUARIO 2019

4.2 Comisiones

La Central realiza un cobro por el servicio de Intermediación ofrecido a la red pública de salud en ambas líneas de negocios, en Intermediación es un 7% del monto neto y para Programas Ministeriales dependerá de cada uno de ellos, siendo el rango entre el 1% - 7%.

En relación al mercado relevante, según constata la Sentencia Reclamada en su considerando Octogésimo noveno 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 desciende a un 46,5% (FNE 2020, op. cit., pp. 57-58 y 198-199);».

Si se considera el porcentaje de comisión que Cenabast cobra sobre tales volúmenes la multa de UTA 100 resulta marginal y por ende no disuasiva.

Por todo lo dicho hasta aquí, esta parte en la presente reclamación solicita enmendar la Resolución Reclamada en términos de elevar la multa aplicada a Cenabast por incumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema a 2.500 UTA (Unidades Tributarias Anuales) o el monto que la Suprema Corte estime conforme a Derecho.

iii. Falta de Pronunciamiento de la Sentencia Reclamada Respecto de Peticiones Concretas de la Demanda.

La Sentencia Reclamada no se pronuncia sobre varias de las medidas solicitadas en la demanda de autos en orden a eliminar la incertidumbre de las bases tipo de Cenabast, que constituyen *caldo de cultivo* para arbitrariedades y abusos, y a equilibrar los derechos y obligaciones entre proveedores e Instituciones compradoras de medicamentos. Estas se encuentran solicitadas en el marco que las siguientes medidas que transcribimos en lo reclamado.

«MEDIDA QUINTA. [página 73 de la demanda] Las **bases administrativas y técnicas que rijan los procesos licitatorios de compra de medicamentos del Sistema de Licitaciones estarán establecidas en un acto único de Cenabast**, que contendrá unos términos generales de compra —en adelante «TGC»— **transparentes, objetivos, razonables y equilibrados**, que rijan las relaciones y derechos y obligaciones de oferentes y demandantes del mercado relevante y que podrá comprender un capítulo para cada tipo de proceso licitatorio del Sistema de Licitaciones. En particular los TGC deberán contener y comprender:» Enfasis agregado.

Antes de entrar en materia resulta saludable indicar que Sentencia ha accedido en parte a la Medida Quinta al reprochar la exclusión de las licitaciones de programas ministeriales de la posibilidad de que los proveedores puedan accionar la suspensión de los despachos

por morosidad conforme a las bases tipo. Este resulta un aspecto fundamental de la resolución del caso de autos ya que tal exclusión podría constituir una *puerta de escape* para que Cenabast pueda incumplir nuevamente con la Sentencia de Excm. Corte Suprema y abusar de los proveedores. El reproche a esta exclusión en la Sentencia Reclamada, que Cenabast intentó pasar de **contrabando** mediante la Resolución 87/2022, deliberadamente sacada de la esfera de estudio y control de la FNE, fue tan justificado como severo. Recordemos.

«**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 Excm. 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 fijen 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;»

Volviendo a las peticiones concretas respecto de las cuales la Sentencia Reclamada no se pronunció, y que por el presente recurso se solicita sea enmendada en términos de ser acogidas, son el equilibrio entre que debe existir entre derechos y obligaciones de oferentes y demandantes del mercado relevante expresado en que: a) Las multas no sólo sean aplicables a proveedores sino también a las Instituciones y a la propia Cenabast cuando incumplan bases de licitación o sus respectivos contratos adjudicados b) El pago de interés a proveedores por la mora en el pago de la Instituciones c) Que las multas estén justificadas en un daño directo y razonablemente previsto para el proveedor y que su valor sea proporcional a éste y d) Que se eliminen las incertidumbres de las modalidades de contratos anteriormente referidas en la sección I, 2. (iii) de este reclamo que damos aquí por reproducidos. Transcribimos a continuación estas peticiones formuladas en la demanda.

«MEDIDA QUINTA:

A) El debido equilibrio que debe existir entre derechos y obligaciones de oferentes y demandantes del mercado relevante.

[...]

C) Multas aplicables a Instituciones por el incumplimiento de las obligaciones que les impone el contrato adjudicado o por todo acto u omisión suya que le provoque perjuicio al proveedor adjudicado en el marco de los procesos del Sistema de Licitaciones.

D) Multas aplicables a Cenabast por el incumplimiento de sus obligaciones en el marco del Sistema de Licitaciones o por todo acto u omisión suya que cause perjuicio a proveedores en el marco del Sistema de Licitaciones.

«MEDIDA CUARTA. Si no se verificare el pago a proveedores dentro del plazo establecido en el Sistema de Licitaciones, se entenderá, para todos los efectos, que la Institución deudora ha incurrido en mora, devengándose desde el primer día de mora o simple retardo y hasta la fecha del pago efectivo, un interés igual

al interés corriente para operaciones no reajustables en moneda nacional de más de noventa días, por montos superiores al equivalente a 200 unidades de fomento e inferiores o iguales al equivalente de 5.000 unidades de fomento, que rija durante dicho período, en conformidad a la ley No 18.010, sobre las operaciones de crédito y otras obligaciones de dinero.»

En efecto, un mínimo de equilibrio entre las partes, expresamente dispuesto en lo Ordenado es que las multas establecidas en las bases tipo no sean aplicables únicamente a los proveedores, sino también a las Instituciones y a la propia Cenabast por incumplimiento de las bases o de los respectivos contratos adjudicados. No se divisa razón alguna para que ello no se disponga en los términos solicitados, más aún cuando Contraloría General de la República así lo autorizó y ordenó en su Informe Final de Auditoría a Cenabast de 12 de marzo de 2015 y que ha sido acompañado por esta parte a los autos en escrito de fojas 877 y que en lo pertinente establece:

10. Inexistencia de multas, intereses y reajustes.

En los acuerdos suscritos por la Central de Abastecimiento no se contempla la aplicación de multas, intereses y reajustes, en caso de incumplimientos por parte de las entidades deudoras, de modo de asegurar el oportuno y debido acatamiento de los convenios de pago y, por ende, resguardar el patrimonio público.

Fuente: Informe Final CGR 2015 p. 16

«MEDIDA QUINTA: [...]

E) En todo caso las multas establecidas en las letras C) y D) precedentes, deberán estar justificadas en un daño directo y razonablemente previsto para el proveedor y su valor deberá ser proporcional a éste.»

En efecto las multas al constituir una cláusula penal deben estar justificadas en su cuantía y esta debe ser proporcional al eventual daño que causen, un factor de resguardo necesario y que, ante la omisión de la Sentencia Reclamada, el presente reclamo solicita acoger en enmienda de dicho fallo.

«MEDIDA QUINTA: [...]

F) Las distintas modalidades de contrato de suministro o abastecimiento que se establezcan en el Sistema de Licitaciones, que deberán contener los elementos esenciales a la certeza jurídica que debe emanar de tales contratos, entre otros:

a) Un plazo de duración definido, salvo acuerdo de las partes en extenderlo. b) Una cantidad definida de productos a suministrar, salvo acuerdo de las partes en modificarla. c) Una cantidad fija de Instituciones a las que se ha de abastecer, salvo acuerdo de las partes en modificar esta variable. Toda modificación del contrato adjudicado debe contar con el consentimiento de ambas partes y constar por escrito.

En razón de lo expuesto en este capítulo esta parte en la presente reclamación solicita enmendar la Resolución Reclamada en términos acoger las medidas individualizadas precedentemente o medidas análoga de efecto equivalente que la Suprema Corte estime conforme a Derecho.

IV. El Improcedente Descarte del Abuso de Posición Dominante de Cenabast Mientras Incumplía la Sentencia de la Corte Suprema.

En el libelo de autos se demandó el abuso de posición dominante de la demandada ejecutado con posterioridad al «Cúmplase» de la Sentencia de la Excma. Corte —2 de enero de 2018— y que ha consistido en haber seguido adjudicando y ejecutando licitaciones adjudicadas conforme a: (i) Los reprochados términos de las bases tipo contenidos en la Res. 272 y a (ii) Los términos de la Resolución N.º 341/2016 que **replicaron y empeoraron** los de la Res. 272, aplicados a partir de julio de 2018 —sin haber dispuesto al efecto Cenabast ninguna medida de mitigación de las Distorsiones— infringiendo de este modo: (a) El deber de cuidado que la condición de dominante —establecida en la Sentencia de la Excma. Corte— le impone a la Central de evitar la

ejecución de prácticas lesivas de la libre competencia y (b) El Art. 3º inciso primero e inciso segundo letra b) del DL 211.

Con ello Cenabast ha perpetuado las Distorsiones detectadas por la Sentencia de la Excma. Corte Suprema incumplida **por más de 5 años**.

Resulta improcedente el descarte de este cargo por la Sentencia Reclamada fundado en que «*la acusación relativa al abuso de posición dominante imputada por Asilfa se encuentra subsumida en la acusación de incumplimiento, siendo improcedente un nuevo pronunciamiento al respecto*» Considerando Nonagésimo cuarto de la Sentencia Reclamada.

Ello básicamente porque entre el incumplimiento y el abuso de posición dominante existe una frontera clara y es que Cenabast conociendo el tenor y sentido de los reproches de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema, **no tomó ninguna medida de mitigación para evitar o morigerar las Distorsiones producidas por sus anticompetitivas bases tipo**.

El atenuante que la Sentencia Reclamada busca en la plataforma online para agilizar las autorizaciones de suspensión de despachos a Instituciones morosas, no resulta procedente de considerar como medida de mitigación ya que es la misma Sentencia Reclamada la que admite que al no estar incorporada a las bases, no existía sustento normativo para que los proveedores pudieren obtener sus supuestos beneficios.

*«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, consecuentemente, pudo provocar incertidumbre en los proveedores;»* Enfasis agregado.

En otras palabras, el supuesto atenuante o mitigación nunca existieron y por ende el abuso de posición dominante se ha perpetuado por más de 5 años.

Aclarado lo anterior la Sentencia Reclamada también ha reconocido que Cenabast ha mantenido su posición dominante en el mercado relevante y que por ello cuenta con aptitud causal para abusar de ella.

«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);»

*«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;**» Enfasis agregado.*

El resultado de ello es que, en 2018, primer año de incumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte **hubo tan solo 2,2 oferentes por licitación**, según admite la contestación de Cenabast en página 67.

En razón de lo expuesto en este capítulo esta parte en la presente reclamación solicita se enmiende la Resolución Reclamada en término de que acoja la demanda de autos en cuanto a condenar a Cenabast por abuso de posición dominante en infracción del Art. 3 letra b) del DL 211 y la sancione con una multa de UTA 2.500 o aquella que la Suprema Corte estime conforme a Derecho.

V. Improcedencia de la No Condena en Costas de la Demandada.

Por todo lo explicado y reclamado hasta aquí, ha resultado improcedente que la Sentencia Reclamada no haya condenado en costas a Cenabast. Mediante la presente reclamación se solicita que la Sentencia Reclamada sea enmendada en términos de condenar a Cenabast en costas.

Por tanto

Al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente pido: tener por interpuesto recurso de reclamación para ante la Excma. Corte Suprema, en contra de la Sentencia N° 184 del H. Tribunal, concederlo y elevarlo para que la Excma. Corte Suprema conozca del mismo y, en definitiva, resuelva enmendarla en lo reclamado, esto es:

- Elevar la multa aplicada a Cenabast por incumplimiento de la Sentencia de la Excma. Corte Suprema a 2.500 UTA (Unidades Tributarias Anuales) o el monto que este la Suprema Corte estime conforme a Derecho.
- Acoger la demanda en cuanto condenar a Cenabast por abuso de posición dominante y aplicarle por tal infracción una multa ascendente a 2.500 UTA (Unidades Tributarias Anuales) o el monto que este dicha Suprema Corte estime conforme a Derecho.

- Acoger la demanda en cuanto ordenar la incorporación a las bases de licitación tipo de Cenabast la Medidas Cuarta y Medida Quinta letras A) C) D) E) y F).

- Acoger la demanda en cuanto condenar en costas a Cenabast.

