1/C - 1281

TRIBUNAL DE DEFENSA
16 ENE 2023
DE LA LIBRE COMPETENCIA

CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO

H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia
Rol C-374-2019
Asociación Industrial de Laboratorios Farmacéuticos A.G. (Asilfa) con Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud (Cenabast)
Cuaderno: Principal

En lo principal: **Recurso de reclamación.**
Primer otrosí: **Acompaña Bases de licitación.**
Segundo otrosí: **Personería.**
Tercer otrosí: **Patrocinio y poder.**

H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

CAROLINA VÁSQUEZ ROJAS, cédula de identidad N° 13.439.600-8, Abogada Procurador Fiscal (S) de Santiago, del Consejo de Defensa del Estado, en representación de la **Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud (CENABAST)**, demandada, en los autos individualizados en la presuma del presente libelo, al Honorable Tribunal respetuosamente digo:

Encontrándome dentro de plazo y de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo 27 del DL 211 y demás normas legales aplicables, interpongo fundado recurso de reclamación ("Recurso" o "Reclamación") en contra de **Sentencia N°184/2022**, de este H. Tribunal, dictada con fecha 29 de diciembre de 2022, que fuera notificada mediante cédula, con fecha 04 de enero de 2023, según consta a folio 1198, en base a los argumentos que a continuación expongo:

16ENE 23 18:53

PRIMERA PARTE: ANTECEDENTES

I. DE LA DEMANDA INTERPUESTA

La Asociación Industrial de Laboratorios Farmacéuticos A.G (en adelante "ASILFA") presenta ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante "TDLC") demanda en contra de la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud (en adelante "CENABAST"), por supuesto incumplimiento del fallo de la E. Corte Suprema de fecha 21 de diciembre de 2017 (pronunciado en autos de reclamación rol N°11.779-2017) y por infracción al art. 3º incisos 1º y 2º letra b) del DL 211.

En dicha demanda se expone lo siguiente:

a. Que de conformidad con lo dispuesto en la sentencia ejecutoriada de la E. Corte Suprema dictada el 21 de diciembre de 2017 en autos Rol Nº 11.779/2017, que revocó y reemplazó la Resolución Nº 50/2017 del TDLC dictada en autos no contenciosos Rol NC 432/2015, se ordenó a CENABAST iniciar un proceso de reformulación de las bases de licitación tipo para la adquisición de medicamentos contenidas en la Resolución CENABAST Nº 272/2014 de 29 de julio de 2014; ello, a fin de arribar a un texto que cumpla con las finalidades de resguardar el cumplimiento de las normas sobre 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 (...)"

b. Que la sentencia fundamentó su juzgamiento en una serie de distorsiones específicas provocadas por las Bases Tipo ya citada. De esta forma, ASILFA sustenta su demanda en 10 supuestas "*distorsiones*", apuntando directamente a su corrección.[1]

Asimismo, destacamos la circunstancia que **la mitad de estas supuestas distorsiones dicen relación únicamente con la mora de las instituciones mandantes de CENABAST y sus efectos.** Este aspecto resulta relevante, desde que **la sentencia recurrida desechó toda objeción a las Bases sustentada en la mora, entendiendo, por ende, subsanado este reparo**.

---

[1] Tales distorsiones se resumen en las siguientes:

(I) Las bases tipo afectan la libertad económica de los proveedores al establecer condiciones de mercado que les obligan a soportar la mora e insolvencia de las instituciones.

(II) Barreras de entrada que la afectación (mora) genera.

(III) Bases Tipo no contemplan incentivos para el pago oportuno de las instituciones ni CENABAST ha generado un escenario Competitivo.

(IV) La regulación de plazos de pago a proveedores en las bases tipo incrementan las barreras de entrada.

(V) Reproche al mecanismo de autorización discrecional de corte de despachos a instituciones morosas.

(VI) Inexistencia del devengamiento de intereses como modo de incentivar el pago de instituciones.

(VII) La existencia de un estatuto de derechos y obligaciones desequilibrado con múltiples obligaciones y garantías exigibles sólo a proveedores. Multas aplicables sólo a proveedores. Cenabast Juez y parte.

(VIII) Interés de Cenabast en aplicar multas a proveedores elimina la neutralidad sancionatoria.

(IX) Las multas a proveedores son acumulables y no tienen proporcionalidad.

(X) Falta de publicidad de decisiones de Cenabast que afectan derechos de proveedores y dispersión documental de los derechos y obligaciones de éstos.

1283

En su demanda, ASILFA sostiene que CENABAST no ha cumplido el citado fallo de la Corte Suprema, y, a partir de tal afirmación pide al TDLC que se apliquen **diez medidas**[2] [3]

En virtud de aquello, la demandante solicita al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante "TDLC") lo siguiente:

1. Declare que CENABAST ha infringido el art. 3° inciso primero del DL 211, al dejar de cumplir la sentencia ya referida.

2. Declare que CENABAST ha infringido el art. 3° inciso primero del DL 211, al abusar de su posición dominante.

3. Declare que CENABAST ha infringido el art. 3° inciso segundo letra b) del DL 211 al abusar de su posición dominante.

4. Ordene la incorporación a las Bases Tipo de las Medidas 1º a 10º explicadas y fundamentadas en el cuerpo de la demanda o las que el H. Tribunal estime conforme a derecho.

5. Ordene la incorporación a la Resolución 341/2016 de las Medidas 1º a 10º explicadas en su escrito o las que el TDLC estime conforme a Derecho.

6. Ordene la incorporación al Sistema de Licitaciones de las Medidas 1º a 10º explicadas en el cuerpo de su escrito o las que el H. Tribunal estime conforme a Derecho.

7. Ordene a CENABAST el cese de su supuesto abuso de posición dominante bajo el apercibimiento de ser considerada reincidente.

8. Multa de UTA 5.000 y costas.

II. PROCEDIMIENTO DE CONSULTA PREVIO A LA DEMANDA INTERPUESTA EN AUTOS

En autos no contenciosos Rol NC 432/2015, Asilfa somete a consulta ante el TDLC, la Resolución Afecta N° 272/2014 dictada por CENABAST, la cual contiene las Bases

---

[2] Resumidas en los siguientes puntos:

1º, 2º, 3º Impedimento de participación, derecho de suspensión y corte de despacho unilateral de los proveedores respecto de las entidades requirentes morosas.

4º. Configuración de plazos de mora, intereses moratorios y cláusulas penales.

5º Igualdad entre proveedores y entidades públicas y cláusulas con contenidos específicos favorables a los proveedores.

6º Destino de las multas. (en tanto no se incorporen al patrimonio de CENABAST)

7º Incorporación del requisito de daño a la aplicación de multas.

8º Requisitos especiales en materia de ejecución de contrato.

9º y 10º.- Medidas genéricas referidas a sus peticiones.

[3] Al efecto, hacemos los mismos alcances en lo que concierne a las distorsiones, en cuanto a que tales asuntos ya fueron conocidos, y, en su mayor parte rechazados, por el fallo de la E. Corte Suprema rol 11.779/17

Administrativas Tipo que Rigen los Procesos de Licitación Pública de Compra de Medicamentos, Dispositivos e Insumos Médicos y Alimentos bajo la Modalidad Distribución Directa Destinados al Apoyo del Ejercicio de Acciones de Salud. En dicho procedimiento, el TDLC pronunció la Resolución N°50/2017 del 06 de marzo de 2017, en la cual se resolvió que no existían antecedentes que permitieran concluir que dichas Bases fuesen contrarias al D.L N°211.

Mediante Sentencia pronunciada por la E. Corte Suprema de fecha 21 de diciembre de 2017, en autos Rol N° 11.779/2017 (referida a los autos Rol TDLC NC 432/2015), se acoge parcialmente el recurso de reclamación deducido por Asilfa *"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 del aprovisionamiento de medicamentos e insumos médicos a instituciones públicas de salud"*[4].

Dicha Sentencia, ordenó a CENABAST iniciar un proceso de reformulación de Bases de Licitación Tipo (BLT), a través de un proceso de reestudio, revisión y elaboración de las condiciones impuestas, con atención a los laboratorios involucrados y participación de la Fiscalía Nacional Económica.

Lo anterior, fundado en que, dentro del mercado relevante de aprovisionamiento de medicamentos e insumos a establecimientos públicos, CENABAST *"ha utilizado su posición dominante en cuanto a la demanda y su calidad de mandataria concentradora del poder comprador"*[5]. La E.C.S, determinó que la regulación de plazos de pago y consecuencias de la mora de las BLT configuran una barrera para la entrada de nuevos competidores.

Finalmente, la Sentencia, rechazó las pretensiones de la Consulta que exigían una equiparación absoluta entre la entidad licitante y los organismos requirentes, frente a los proveedores, puesto que, fundado en el principio de preeminencia de la Administración en la contratación pública: *"mientras el vendedor satisface su interés propio, el comprador actúa con una finalidad pública que justifica la existencia de condiciones especiales a su respecto."*[6]Por lo que queda claro que las entidades de derecho público se encuentran facultadas para determinar y aplicar multas, ordenando solamente explicitar el destino de las mismas.

---

[4] Sentencia en autos Rol N°11779/2017 del 21 de diciembre de 2017, pg 46.
[5] Sentencia en autos Rol N°11779/2017 del 21 de diciembre de 2017, pg 44.
[6] Sentencia en autos Rol N°11779/2017 del 21 de diciembre de 2017, pg 37.

III. CENABAST Y SUS MODELOS DE NEGOCIO. FORMA EN QUE TALES MODELOS SE PLASMAN EN SUCESIVAS BASES DE LICITACIÓN.

CENABAST ha tenido durante su existencia, varios modelos de negocio, que pueden agruparse en distintos períodos.

El primer periodo se inicia desde la dictación del Decreto Ley Nº 2763 de 1979, que crea el Sistema Nacional de Servicios de Salud y da origen también a la Central de Abastecimiento del S.N.S.S., cuyo rol consiste en abastecer de fármacos e insumos clínicos al sector público. En este primer modelo, CENABAST se hacía cargo de toda la cadena de abastecimiento (planificación, compra, bodegaje, facturación, etc).

En un segundo periodo, en atención a las reformas iniciadas el año 2003, CENABAST se transforma principalmente en un intermediador, actuando esencialmente a través de mandatos de compras.

En una tercera fase, y como consecuencia de nuevas exigencias, se llega al cambio del modelo operacional de CENABAST generado el año 2011, en el que destaca la eliminación del bodegaje y la distribución.

Actualmente nos encontramos ante una cuarta fase, conforme la cual CENABAST intermedia Medicamentos a Almacenes Farmacéuticos, Farmacias Privadas y Establecimientos de Salud Sin Fines de Lucro (ley N° 21.198)

En lo pertinente a la controversia, debemos expresar que en las bases del año 2011, se estableció un mecanismo de distribución de los productos adquiridos a través de CENABAST, en el que cada proveedor *"debía entregar los bienes en los puntos de destino, y en los plazos adjudicados para cada adquisición"* (numeral 8.1, punto 8 de la Entrega de los productos, del capítulo VIII, de la Resolución Afecta N°164/2011. Tal mecanismo, a la luz de la experiencia, requirió de implementar mejoras en su diseño.

Estas mejoras significaron que, en una primera instancia, CENABAST contratara la distribución a través de un operador logístico para los puntos menos asequibles y de difícil cobertura en regiones; para, posteriormente, ampliar la cobertura a todas las comunas y regiones del país, e, incluso, contratar a varios operadores logísticos que cumplieran esta función. Todo lo anterior trajo costos asociados que resultaban difícil de traspasar al producto.

El cambio de modelo de negocios de CENABAST, se manifestó en las Bases de Licitación aprobadas en la Resolución Afecta N°164/2011, cambio que, como toda

modificación significativa, implicó que en una primera instancia se produjeran algunas debilidades o inexactitudes que debieron ser alteradas, corregidas y aclaradas en las siguientes Bases de Licitaciones (R.A. N°156/2012 y siguientes).

Se menciona este hito, puesto que en la versión de las Bases de Licitación del año 2011, no se consideraba una cláusula que permitiera autorizar a los proveedores para que, respecto de aquellos establecimientos de la red de salud que no pagaran sus facturas, pudiesen -previa autorización de CENABAST- suspender las entregas de los productos. Sin embargo, tal asunto se fue corrigiendo paulatinamente a partir de la siguiente versión de Bases Tipo (R.A. N°156/2012) en adelante.

En el periodo comprendido entre los años 2013-2014, los procesos de licitación se rigieron por las Bases aprobadas por Resolución Afecta N°184, de 28 de mayo de 2013.

Posteriormente, en el año 2015, las licitaciones de fármacos e insumos se rigieron por las Bases Tipo aprobadas mediante Resolución Afecta N° 272 de 29 de julio de 2014 (tomadas de razón el 13 de octubre de 2014), las que fueron desarrolladas de acuerdo a los lineamientos del nuevo modelo de negocios establecido a partir del Acuerdo de la Cámara de Diputados N°345, efectuado en sesión 31 de fecha 17 de mayo de 2011, bases que contienen mejoras en los mecanismos que regulan el proceso de compras.

Estas bases fueron modificadas por la R.A. N° 90 de 23 de febrero de 2015 (tomada de razón el 16 de marzo de 2015) y por la R.A. N° 379 de 11 de septiembre de 2015 (tomada de razón el 23 de septiembre de 2015).

Como vemos, el proceso de desarrollar unas bases que obedecieran a lo establecido en el Proyecto de Acuerdo de la Cámara de Diputados N°345 efectuado en sesión 31 de fecha 17 de mayo de 2011, en donde se aprobó un nuevo modelo de negocios para la CENABAST; **demoró más de tres años en concretarse** en un documento acorde.

Constatado este hecho, resulta pertinente controvertir las afirmaciones del fallo recurrido, que dan a entender que los grandes procesos de modificación estructural de las Bases tipo de licitaciones de CENABAST fueron sumamente cortos, motivo por el cual no se comprenderán las razones por las cuales las Bases surgidas a propósito de la sentencia de la E. Corte Suprema, tardara años.

Según se observa, 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

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

Estas Bases 274/2014 fueron las que ASILFA llevó a consulta ante este H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y que concluyó con el fallo de la Corte Suprema con fecha **21 de diciembre de 2017**, pronunciado en autos rol N°11.779-2017.

Posteriormente, se aprueban las Bases contenidas en la Res. Afecta 341 de 29 de diciembre de 2016, ingresadas por primera vez el 10 de enero de 2017 a Contraloría General para su trámite de toma de razón, es decir, con mucha anterioridad a la sentencia del Tribunal Supremo, y tomadas de razón el 8 de marzo de 2018. Tales bases fueron modificadas por la R.A. N° 258 de 28 de agosto de 2018 (tomada de razón el 22 de octubre de 2018) por la Res. Afecta N° 108 de 03 de abril de 2019.

Es así que, con el Informe favorable de la FNE, CENABAST ingresa a toma de razón las Bases contenidas en la Resolución Nº 316 de 17 de noviembre de 2020.

Finalmente luego de subsanar ciertas observaciones formuladas por la Contraloría efectuó, se toma razón de la Res. Afecta N° 87 de 23/03/2022, que contiene el resultado final de las Bases contenidas en la Resolución Nº 316, más aquellos aspectos subsanados de las observaciones formuladas por el ente contralor.

IV. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

CENABAST contesta la demanda, solicitando su total rechazo, fundado, entre otras cosas, por:

1) Cosa Juzgada Parcial

Como se señaló anteriormente la Sentencia de la E.C.S se pronunció sobre 7 de las 10 distorsiones identificadas por Asilfa, y acoge parcialmente la reclamación, aludiendo únicamente a la mora en el pago.

2) No existe un retardo en el cumplimiento de la sentencia de la E. Corte Suprema. La elaboración de un sistema de licitación pública, destinado a todas las adquisiciones del canal de CENABAST no es un proceso inmediato. A modo ejemplar, se señaló que, las bases desarrolladas de acuerdo al Proyecto de Acuerdo de la Cámara de Diputados N°345, en sesión de 31, de fecha 17 de mayo de 2011, tardaron más de 3 años en concretarse en un documento acorde.

En virtud de lo expuesto, se argumenta en orden a que no existe un retraso por parte de CENABAST en este ámbito, ya que no se trata de una obligación de ejecución instantánea. Al efecto, se agrega que CENABAST ha permanecido en un estado permanente de cumplimiento del fallo, desarrollando actividades destinadas a su plena ejecución, desde el 20 de abril de 2018, con la realización de una serie de reuniones con laboratorios a fin de consensuar distintos puntos de las nuevas bases.

A la fecha de contestación de la demanda, CENABAST se encontraba en proceso de aprobación de nuevas BLT, en el cual hizo partícipes a los laboratorios y la FNE, como se da cuenta de ello en Oficio N°1875 de CENABAST de 02 de mayo de 2019.

3) La referida Sentencia no determinó un contenido explícito de las nuevas bases, sino que sólo estableció un protocolo, dirigido a resguardar el cumplimiento de las normas sobre libre competencia y el equilibrio entre oferentes y demandantes. Por ello, la discusión no puede extenderse a otros puntos más que la mora en el pago de proveedores.

4) En cuanto al fondo del asunto

CENABAST realizó un análisis de morosidad de las instituciones a fin de crear una base para alimentar sus sistemas de seguimiento y control.

Respecto a las multas, se rebajaron los montos de las multas aplicables y se incorporó un desarrollo en el sistema que permite pesquisar los incumplimientos para evitar multas en desfase.

Por otro lado, con el objeto de reducir la mora, se estableció en las bases sometidas a conocimiento de la FNE, un mecanismo online más expedito, automatizado y con causales objetivas, a fin de solicitar y conceder la suspensión de la entrega. Asimismo, se redujeron los plazos tanto en lo relativo a la mora exigida para activar la solicitud de suspensión como para la respuesta de CENABAST.

Sin perjuicio de ello, se hace presente que no es posible garantizar un derecho autónomo de proveedores a suspender, atendido el interés público comprometido.

Por otra parte, a fin de permitir mayor competencia y favorecer a pequeños laboratorios, se eliminaron requisitos de certificación, se redujo el inventario a 15 días y se rebajó el porcentaje de garantía de seriedad de la oferta.

Finalmente, respecto a la acusación de abuso de posición dominante, se argumenta que no se configura el ilícito anticompetitivo (por los motivos indicados en el libelo), y, en cualquier caso, los objetivos de política pública justifican cualquier hipotética y acotada restricción a la libre competencia.

V. ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL PROCESO.

V.1 Puntos de prueba fijados por el Tribunal

Mediante resolución de fecha 24 de septiembre de 2019, el TDLC dicta resolución que recibe la causa a prueba y fija los siguientes puntos:

"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 FNE, cuyo fin haya sido el arribar a un texto que cumpla con las finalidades impuestas en la Sentencia de la CS de 21 de diciembre de 2017. 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

(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.2 Medios de prueba rendidos por las partes.

En el curso del proceso, las partes rinden diversos medios de prueba, dentro de los cuales destacan:

a) Por la parte demandante

i. Documental: En la cual destaca la presentación de las distintas resoluciones que, a través del tiempo han contenido las Bases de Licitación, documentos generados por solicitud vía Ley de Lobby que dan cuenta de diversas reuniones sostenidas con representantes de CENABAST, Cadena e-mails intercambiados con la FNE y con CENABAST.

ii. Testimonial:

Declaran en juicio los siguientes testigos:

1. Juan Garlos Gorbeaux Larreboure, químico farmacéutico. Ex delegado presidencial (director interino) de CENABAST
2. Pablo Venegas Díaz. Ex director de CENABAST
3. Christian Venegas Tudela. Jefe Departamento Jurídico CENABAST.
4. Arturo Avendaño Zúñiga, ex funcionario de CENABAST, miembro de las comisiones formadas para el cumplimiento de la sentencia de la E. Corte Suprema,
5. Gastón Palmucci Sclerandi, economista. funcionario de la FNE y coautor del Informe de la FNE acompañado en autos.
6. Alejandro Domic Seguich, abogado. Subjefe de la División Antimonopolios de la FNE y coautor del Informe de la FNE acompañado en autos
7. Julie Massmann Wyneken, abogada. funcionaria de la FNE y coautora del Informe de la FNE acompañado en autos.

b) Por la parte demandada

i. Documental. Dentro de la cual destaca la carta de representante de la Asociación de laboratorios CIF con manifestación de conformidad respecto de las modificaciones a las Bases Tipo y el proceso de cumplimiento de la sentencia de la Corte, actas de reuniones sostenidas con las asociaciones de laboratorios, diversas comunicaciones vía correos electrónicos con las asociaciones de laboratorios, diversas Bases de licitación, incluyendo la Resolución Nº 316 de 17 de noviembre de 2020 (versión de Bases aprobada por la FNE) y culminando con el 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 (que contiene la última versión de las Bases, luego de ser aprobadas por la FNE y de subsanar las observaciones planteadas por la Contraloría

ii. Testimonial:

Declaran en juicio los siguientes testigos:

1.- Arturo Moisés Avendaño Zúñiga (ya individualizado)

2.- Christian Marcelo Venegas Tudela. (ya individualizado)

3.- Jaime Patricio Espina Ampuero. Jefe Departamento de Operaciones de CENABAST.

Tal como se observa, la parte demandante hace declarar a funcionarios y ex funcionarios de CENABAST y a actuales funcionarios de la FNE que estuvieron a cargo del informe favorable de cumplimiento de sentencia.

En este sentido, la sentencia **debió valorar los referidos testimonios como prueba producida por la propia demandante**, circunstancia que resulta especialmente relevante al observarse que **todos ellos, en forma conteste, unívoca y fundamentada, respaldan en términos inequívocos la posición en orden a que CENABAST dio efectivo cumplimiento a la sentencia de la Corte Suprema.**

Asimismo, no puede soslayarse dentro del análisis de la prueba, la circunstancia que **toda la testimonial rendida (en total, 8 testigos) fueron contestes** en la antes indicada conclusión.

Son los elementos de la sana crítica (principios de la lógica, máximas de la experiencia, conocimientos científicamente afianzados y debida motivación) los que deben sustentar racionalmente el mérito de convicción que le corresponde a cada una de las pruebas que se valoran en juicio.

Bajo tal alero, el Tribunal debió construir el razonamiento que sostiene el fallo, cosa que parece no ocurrir en la sentencia impugnada.

Muy especialmente, consideramos que la sentencia debió hacerse cargo, y no lo hizo, del análisis probatorio de testigos técnicos y absolutamente imparciales, como son los funcionarios de la FNE autores del Informe acompañado en autos como parte esencial del proceso de cumplimiento del fallo de la E. Corte Suprema, presentados como prueba por la propia demandante.

La sentencia de reemplazo que se dicte al efecto, deberá ponderar debidamente el mérito probatorio de esta prueba testimonial.

A la prueba ya referida se suma el Informe emitido por la FNE, respaldado por las declaraciones de sus autores, al cual me refiero a continuación.

VI. INFORME DE ARCHIVO DE LA DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS SOBRE EL EXPEDIENTE ROL FNE Nº 2557-19, DE 24/02/2021 Y YERROS DEL FALLO.

A continuación, pasaremos a analizar el contenido del extenso Informe de la FNE referido al cumplimiento de la Sentencia de la E. Corte Suprema, presentado en estos autos. Del mismo modo, fundamentaremos los errores del fallo recurrido que llevan a la necesidad de que sea revocado.

Este Informe, de acuerdo al expreso mandato del citado fallo, es parte integrante del cumplimiento del mismo (en tanto se exige elaborar nuevas Bases que eliminen las distorsiones declaradas en la sentencia, oyendo a los laboratorios y **con participación de la FNE)**

Con fecha 03 de mayo de 2019, Cenabast presentó la primera versión de bases a la FNE, la cual recibió 7 actualizaciones de borrador BLT, con fechas 3 de mayo, 1º de julio, 25 de octubre y 13 de diciembre, todas de 2019; y 15 de mayo, 8 de junio y 20 de julio, todas de 2020. El Borrador fue actualizado por Cenabast por última vez el 20 de julio de 2020, en respuesta al Oficio N°33 de la FNE, y la versión final se encuentra contenida en la Resolución Nº 316 de 17 de noviembre de 2020.

VI.1. Primeras conclusiones

Este **Informe de la FNE constituye el cumplimiento de la Sentencia de la E.C.S., en su perspectiva formal, en cuanto el fallo referido exige la participación de la FNE en el proceso de gestación de las nuevas BLT, como también sustantiva, puesto que la FNE finalmente aprueba las nuevas BLT**. Cosa que finalmente sucedió.

La relevancia de la participación de la FNE en los términos referidos, es esencial dentro del trazado necesario para entender cumplido o transgredido el contenido de la sentencia de la Corte Suprema.

De esta forma, un informe positivo de la FNE debe entenderse, al menos, como una presunción grave en orden a considerar como satisfechas las exigencias impuestas por la E. Corte Suprema.

Ello, porque precisamente la aprobación del proceso de gestación de la nuevas Bases, se configura como la validación:

a. De los aspectos formales de las etapas precedentes del cumplimiento del fallo; especialmente, en lo que dice relación con el acatamiento de la obligación de "oír" a los laboratorios (incluyendo a Asilfa)
b. De los aspectos sustanciales del cumplimiento del fallo. Esto es, la incorporación dentro de las Bases de cláusulas que eliminen las distorsiones anticompetitivas a ser subsanadas (esencialmente, de aquellas referidas a los efectos de la mora de instituciones mandantes)

De allí, y conforme lo declara el Informe de la FNE, es posible concluir que CENABAST dio cumplimiento constante y oportuno de la Sentencia, el cual se materializó en 3 fases:

(1) Proceso Institucional Interno:. Materializado en nada menos que 7 borradores de Bases.

(2) Participación de Laboratorios: la inclusión en la discusión de los Laboratorios, a través de diversas reuniones realizadas desde abril de 2018.

(3) Colaboración de la FNE: Que supuso 21 meses de trabajo coordinado entre CENABAST y FNE, que comprendieron el periodo entre el 03 de mayo de 2019 y el 24 de febrero de 2021.

Como se aprecia de la Sentencia recurrida, ninguno de estos aspectos es mencionado ni menos aún analizado.

Al respecto, podemos establecer que **la sentencia recurrida debió analizar en su mérito el referido Informe, como parte integrante del cumplimiento del fallo de la Corte, y no lo hizo.** Muy por el contrario, solo hace referencias accidentales y puntuales, pero, **en ningún caso se hace cargo de las conclusiones del Informe y de los fundamentos que llevaron a las mismas.**

Desde un análisis más en particular, y demostrando la prescindencia de la sentencia impugnada en lo que respecta a valorar la necesaria participación de la FNE en el cumplimiento correcto del fallo de la Corte, podemos observar que el fallo impugnado simplemente fija una fecha cierta (la de la sentencia pronunciada por la E. Corte Suprema) y la fecha de la interposición de la demanda, para configurar un lapso en el cual, salvo las excepciones que indica (como mejoras en el proceso de suspensión de entregas) habría un absoluto periodo de inactividad de CENABAST.

En este sentido, el fallo impugnado debió necesariamente considerar como un periodo efectivo de cumplimiento de la sentencia de la Corte, todo el lapso en que los distintos borradores de Bases elaborados por CENABAST en forma paulatina, fueron ininterrumpidamente analizados por la FNE.

Al efecto, **los principios que rigen la valoración de la prueba sustentados en la Sana Crítica, exigen una motivación de la Sentencia[7] en orden a explicitar las razones por las cuales se desechan, o más concretamente, no se analizan, las conclusiones de la FNE en términos de dar por cumplidas las exigencias de la C. Suprema por parte de CENABAST.**

[7] Véase sentencia de la Corte Suprema Rol N°154.860-2020

La Sentencia recurrida, entonces, carece de motivación en esta materia. Motivo suficiente para ser enmendada.

VI.2. Objetivos a cumplir respecto de la mora

La introducción de mejoras en las Bases que aminoran los efectos de la mora era el objetivo esencial al cual debian propender las nuevas Bases.

La E.C.S observó que varios establecimientos públicos mantendrían deudas morosas con los laboratorios y que Cenabast, mediante sus Bases, podría generar incentivos para su pago oportuno.

En concreto, el fallo de la E.C.S, declara que obligar a los proveedores a soportar los efectos de la mora en su patrimonio, produciría una serie de distorsiones dentro del mercado:

I. Desincentivaría a los oferentes a competir al añadir incertidumbre respecto de la real obtención del beneficio económico buscado.
II. Produciría aumento en precios de ofertas económicas de participantes de licitaciones, pues los oferentes estarían obligados a considerar mora al momento de fijar valores a ofrecer.
III. Impediría *"entrada al mercado de competidores que no se encuentren en condiciones de soportar retraso en pagos o insolvencia del deudor"*, funcionando como barrera a la entrada.
IV. Finalmente, CS cuestionó falta de explicitación del destino de los fondos de multas

El objetivo de eliminar tales distorsiones se cumplió, no solo en el texto introducido en las Bases, sino que también en los efectos que las medidas introducidas generaron en la disminución de la mora.

Correspondía, entonces, que el fallo impugnado hiciera, primero, un examen normativo de las Bases y de las nuevas medidas implementadas, y, acto seguido, efectuara un análisis de campo, en el cual se estableciera la idoneidad y eficacia de tales medidas, en tanto sus efectos se vieran reflejados en la disminución de la mora.

Establecer esta secuencia era el elemento fundamental para entender si la sentencia de la Corte se había cumplido o no en cuanto a su fondo y sustancia.

Ese análisis completo lo efectuó la FNE y fue respaldado con cifras no impugnadas por la demandante.

1285

Correspondía, entonces, que el fallo recurrido se hiciera cargo del análisis de esta parte del Informe y lo validara o invalidara en forma motivada, lo que no sucedió.

Por tal motivo, **solicitamos que la sentencia sea revocada y se dicte un fallo de reemplazo que pondere las conclusiones a las cuales ha arribado el Informe de la FNE a partir de datos y antecedentes que no fueron objetados por la demandante y que, por lo mismo, se encuentran validados en el proceso como hechos inamovibles de la causa.**

En lo concerniente al procedimiento de revisión de la Res N° 272 y elaboración de la Res Nº 316, consta en autos que la FNE recibió una serie de borradores por parte de CENABAST, respecto de los cuales se realizaron diversas diligencias para analizar los cambios presentados y aclarar dudas, centrándose en aquellos aspectos observados por la CS.

El principal cambio establecido por la Res Nº 316 y analizado por FNE, es la **automatización del procedimiento de suspensión de entrega** de medicamentos por parte de los laboratorios a los establecimientos públicos morosos, lo que reduce los plazos de respuesta de Cenabast y -de acuerdo al Informe- se convierte en una herramienta efectiva para incentivar a los establecimientos públicos a pagar sus obligaciones dentro de plazo. Señala la FNE que el proceso de suspensión presenta mejoras en cuanto a su efectividad, **siendo actualmente una herramienta de incentivo para el pago puntual de los establecimientos públicos, pasando de un 2,2% de solicitudes regularizadas en el año 2016, *a más de un 60% en el año 2019***[8]

Además sostiene que se implementaron nuevas medidas de transparencia para con los proveedores y la precisión y reducción del catálogo de multas, los que ayudan a reducir la incertidumbre asociada a los procesos licitatorios y a mejorar el equilibrio en la relación comercial entre las partes contratantes. Dichas modificaciones tienden a mitigar las distorsiones indicadas por la E.C.S y fomentan la libre concurrencia, lo que debiera repercutir en la presentación de ofertas económicas más competitivas.

Llamamos la atención en este aspecto, que la Sentencia recurrida reconoce la mejora expresada en la automatización del procedimiento de suspensión de entrega, pero **no realiza ningún análisis en cuanto al impacto que dicha medida ha generado en la reducción de la mora** que pasa de un 2,2% de solicitudes regularizadas en el año 2016, a más de un

[8] Número 66, pg 19 Informe FNE Rol N° 2557-19 FNE.

60% en el año 2019, lo que sin duda importa un cumplimiento efectivo y eficiente de la sentencia de la Excma. Corte Suprema.

En el punto, no debe perderse de vista el elemento clave del fallo de la E. Corte Suprema, que no es otro que el **debido tratamiento de los efectos que la mora de las instituciones mandantes de CENABAST produce en los laboratorios adjudicados y en los procesos de licitación. Reducir la mora, entonces, era el objetivo esencial a cumplir en la ejecución del fallo. Y así se hizo.**

No obstante lo anterior, la sentencia recurrida prácticamente no se refiere al punto, y, lo más relevante, **omite analizar como la disminución real y acreditada de dicha mora debe ser un factor básico para considerar si CENABAST ha incorporado a las Bases condiciones eficaces que suponen la capacidad de las mismas para conseguir los resultados perseguidos, estos son, repito, la disminución de la mora.**

Esta omisión es, por sí sola, un aspecto que necesariamente debe enmendarse en la sentencia que la E. Corte Suprema pronuncie al efecto.

VI.3. Otros aspectos relevantes del Informe no analizados en el fallo recurrido

A los yerros anteriores debemos añadir otra serie de omisiones.

El Informe de la FNE es enfático en expresar que las modificaciones a las Bases han generado:

a. **Condiciones adecuadas de transparencia para con los proveedores y**
b. **Precisión y reducción del catálogo de multas,**

Estos elementos -de acuerdo a las conclusiones de la FNE- **ayudan a reducir la incertidumbre asociada a los procesos licitatorios y a mejorar el equilibrio en la relación comercial entre las partes contratantes.**

Nos encontramos en este ámbito ante una segunda categoría de reproches contenidos en la demanda (y asimilados, en parte, en el fallo de la Corte Suprema), referidos a generar (en lo posible) medidas que tiendan a acercarse a un equilibrio en la relación comercial entre las partes (entendiendo que, en materia de contratación pública, nunca va a existir un equilibrio contractual entre particular y la Administración)

En este aspecto, el Informe de la FNE establece que las modificaciones introducidas a las Bases en materia de transparencia, precisión y reducción del catálogo de multas (y,

añadimos, sus montos) **ayudan a reducir la incertidumbre asociada a los procesos licitatorios y a mejorar el equilibrio en la relación comercial entre las partes contratantes.**

Nuevamente nos encontramos ante modificaciones a las Bases que son eficaces en obtener el objetivo buscado (reducir incertidumbre y acercarse a un equilibrio contractual)

Ninguna de estas medidas ni sus resultados es citada en la sentencia, ni menos aún ponderadas probatoriamente.

Por ello, nos encontramos ante un nuevo elemento que debe llevar a corregir el fallo recurrido.

VI.4. Apertura de la presente investigación

El Informe analizado da cuenta que el día 03 de mayo de 2019, CENABAST ingresó Oficio N°1875 a FNE, por medio del cual presentó el borrador de las nuevas BLT. Durante el curso de la investigación, se sostuvieron reuniones con CENABAST y **se revisaron 7 borradores de bases.**

Este hito, por cierto, no supone que a partir de aquella fecha CENABAST dio inicio al cumplimiento del fallo. Esta aseveración lo corrobora el propio Informe de la FNE, que expone toda la etapa previa al proceso de revisión de Bases por parte de dicha entidad.

Así, el 17 de noviembre de 2020, Cenabast dictó RA Nº 316/2020 que contiene versión final de Bases entregadas a la FNE para su revisión y aprobación y que reemplazan las establecidas por Res Nº 272/2014. Ese mismo día, Cenabast informó a la FNE sobre la remisión de la Res. Afecta N° 316 a Contraloría para toma de razón, procedimiento que concluyó con observaciones, lo que motivó que CENABAST subsanara tales observaciones y remitiera las Bases subsanadas bajo una nueva numeración.

Ello, en todo caso, no supone un incumplimiento al fallo de la Corte Suprema, desde que tal sentencia no ha inhibido a CENABAST de sus potestades públicas inherentes a sus funciones y competencias, que incluyen, por cierto, la facultad para diseñar, aprobar y modificar las Bases de Licitación que le permiten ejecutar y cumplir sus objetivos legales

VI.5. Proceso institucional de Cenabast, participación de los laboratorios y la colaboración de FNE

El Informe analizado descompone las etapas del cumplimiento de la sentencia de la Corte, conforme lo siguiente:

VI.5.1. Proceso interno de Cenabast.

Cenabast declara que se formó, a inicios de 2018, un comité permanente denominado "Comité Técnico de Bases", conformado por distintas áreas operativas. Se desarrollaron 33 sesiones que figuran en 23 actas, siendo la última de aquellas sesiones la celebrada el 26 de abril de 2019.

VI. 5.2. Participación de los laboratorios

FNE constató 2 audiencias de lobby solicitadas por ASILFA y realizadas en las dependencias de Cenabast los días 20 de abril y 21 de junio de 2018, en las cuales se habría discutido la Sentencia y **ASILFA habría entregado su propuesta en relación a este mismo punto.**

Este solo hecho determina el cumplimiento formal del fallo de la Corte, en cuanto ordena Oír a los laboratorios.

Ello, sin perjuicio que Asilfa participó de otras reuniones e intercambio información con CENABAST, tal como lo reconoce la propia demanda y lo acreditan los documentos acompañados en juicio.

La sentencia yerra al exigir de CENABAST una participación e intervención sobredimensionada de ASILFA en el proceso de gestación de las bases, exigiendo que se constituyera como un interventor permanente, aspecto que en ningún caso fluye del texto de la sentencia a cumplir.

En otras audiencias Cenabast solicitó a ASILFA y la Cámara de la Innovación Farmacéutica A.G. ("CIF") informar los establecimientos y montos morosos, toda vez que, debido al modelo de facturación y pago directo por parte de los establecimientos públicos a los laboratorios, Cenabast no estaría en posesión de dicha información.

De los resultados de los análisis de Cenabast se concluyó que la deuda asociada al periodo 2015 a 2017, representaría aproximadamente el 1% del monto total despachado.

En este punto, **la sentencia recurrida reprocha la necesidad de tales antecedentes - a nuestro entender, incorrectamente- desde que los datos de morosidad solo podían ser extraídos desde la facturación de cada laboratorio.**

Tales antecedentes eran indispensables para segmentar la deuda y establecer qué categoría o tipo de entidades públicas tienen más propensión al riesgo de mora. El resultado de este análisis era relevante para establecer la pertinencia y tipo de medidas que se adoptarán para evitar dicha mora.

A modo de ejemplo, CENABAST intermedia medicamentos de forma obligatoria o a petición de determinadas entidades que, sin encontrarse obligadas a usar este canal, le otorgan un mandato. Las posibilidades de otorgar suspensiones de entrega dependerían de la configuración de tal morosidad, en tanto resulta más factible frente a este último tipo de instituciones.

VI.6. Procedimiento

Como se señaló anteriormente, el 17 de noviembre de 2020 Cenabast remitió a FNE Res Nº 316 correspondiente a la versión final de las nuevas BLT.

En virtud de ello, la División Antimonopolios citó a declarar a representantes de Cenabast para explicar diferencias observadas entre Res N° 272 y primera versión BLT, solicitando antecedentes adicionales a efecto de revisar las justificaciones de cambios en el borrador y sus potenciales efectos en el mercado. Se **tomaron declaraciones a participantes de la industria y se realizaron un total de 7 reuniones con Cenabast** . Constató que **existió un Comité Técnico de Bases para revisar íntegramente las Bases Tipo** y hacer una nueva propuesta.

De acuerdo a lo expuesto, es posible sostener que - al contrario de lo afirmado por el fallo recurrido- **la industria tuvo la posibilidad de ser oída no solo por la misma CENABAST, sino también por la FNE.**

Tal circunstancia debió ser considerada como cumplimiento efectivo del fallo de la Corte en lo que concierne a la imposición de escuchar a los laboratorios.

Esta omisión del fallo recurrido deberá ser enmendado por la sentencia que resuelva el presente recurso

VI.7. Descripción de cambios entre las Resoluciones Nº 272 y Nº 316

Se identificaron entre ellas:

1) Cambios formales y/o técnicos (no abordados por Informe); y;

2) Cambios que tienen por objeto corregir o disminuir Distorsiones: entre ellos, el nuevo procedimiento de suspensión de entregas que tiene por objeto incentivar pagos oportunos y evitar que proveedores deban soportar las consecuencias de la mora, las medidas de transparencia para proveedores, y la reducción del catálogo de multas, las cuales buscan disminuir niveles de incertidumbre relacionados con proceso licitatorio (y

posterior relación contractual), y equilibrar los derechos y obligaciones de las partes involucradas.

Nos referiremos únicamente a estos últimos

VI.7.1. Cambios al procedimiento de autorización de la Suspensión de Entregas de medicamentos a un establecimiento público.

Al respecto se destaca:

A) **Nivel de certeza suspensión de despachos**, ya que las bases contenidas en la Res Nº 316 señalan que Cenabast "autorizará" la suspensión cumplidos ciertos requisitos y ya no como una facultad discrecional de la misma como se establecía en la Res N° 272.

B) **Objetividad en la corroboración de exigencias**, ahora es de forma inmediata y automática a través de plataforma web.

C) **Plazos**.

El **tiempo de mora exigido para solicitar la suspensión de entregas disminuyó a la mitad,** esto es, de 30 a 15 días corridos desde vencimiento del plazo para el pago.

Asimismo, el **plazo de pronunciamiento de Cenabast se redujo en ⅔, esto es, de 15 días hábiles a un máximo de 5 días hábiles**, durante los cuales el establecimiento que incurrió en la mora puede hacer observaciones respecto a la solicitud del proveedor. Como también, los criterios de objetividad y nuevos plazos de Cenabast vigentes, desde octubre de 2018, "*bajo la lógica comercial de autocontrol del proceso, donde la expectativa de venta dirige este sistema hacia la regularización de deuda y normalización de despachos*". D) La automatización del proceso, la cual reduce incertidumbre de proveedores y genera incentivos para el pago oportuno.

VI.7.2. Cambios en materia de transparencia.

A fin de reducir la incertidumbre en torno a las utilidades económicas esperadas por los proveedores en los procesos licitatorios, incentivando así la participación, **la Res Nº 316 incorpora las siguientes publicaciones en su página web:**

- Resoluciones que contengan mandatos entre Cenabast y establecimientos.
- Información referencial sobre la demanda de productos por contratos de suministro.
- Manual de uso de Procedimiento de suspensión de entregas

- Todo acto administrativo que diga relación con situaciones o instrucciones de aplicación general para con proveedores.

VI.7.3. Cambios en catálogo de multas y fijación del monto de garantía de fiel cumplimiento.

Las bases contenidas en la Res Nº 272 **contemplaban un catálogo de 12 tipos de infracciones con multas asociadas**, las cuales se reducen en forma considerable en la Res Nº 316**, quedando en total 4 infracciones:**

1) No ingreso de stock solicitado dentro de plazo: 15% del valor total neto no informado.
2) Retraso entrega productos: 1% diario del valor total neto de productos gestionados con retraso.
3) No entrega de productos: 35% del valor total neto de los productos no entregados.
4) No conformidad en certificación presencial: 10 UTM.

Asimismo, la Res Nº 316 **define y delimita conceptos para evitar incertidumbre en los oferentes y contratistas**. Así, por ejemplo, define que se entenderá por *"atraso"* y *"no entrega de productos"* a efecto de aplicar sanciones, lo cual no estaba explicitado en la Resolución Nº 272, y elimina sanciones de sobreprecio e incumplimiento de propuesta de solución aceptada que estipulaba la Res Nº 272.

Por otro lado, se establece un **límite de multas.** En este punto, la Res Nº 316 disminuye la cuantía proporcional de multas, las cuales **no pueden superar el 35% del monto total del contrato.**

Se **disminuye también la Garantía de Fiel Cumplimiento del contrato,** antes, la Res Nº 272 exigía garantía por el 10% del valor total bruto del contrato, ampliable a 30% si así lo estimaba Cenabast. En cambio, la Res Nº 316 eliminó esta facultad y lo fijó en 10% del valor total bruto del contrato o su valor total neto estimativo en caso de contratos de suministro (V.3.4) y 5% para pymes.

Ninguno de estos cambios fue estimado por el fallo recurrido como cumplimiento cabal del fallo de la Corte.

Por este motivo pido que el fallo recurrido sea enmendado en términos que la sentencia de reemplazo pondere estos elementos y los considere como cumplimiento de las obligaciones impuestas a CENABAST por la sentencia de la Corte.

VI.7.4. Conclusiones de la FNE respecto a los cambios entre las Res N°272 y N°316

El Informe señala que los cambios en Res Nº 316 tienden a:

- Disminuir el riesgo de mora para los proveedores
- Aumentar los incentivos de pago para establecimientos públicos
- Reducir la incertidumbre asociada a los procesos licitatorios.

Respecto al nuevo proceso de suspensión, indica que es más objetivo, certero y rápido, estableciendo efecto directo y efectivo sobre abastecimiento de establecimientos, en caso de no regularizar situación financiera.

Del mismo modo, señala que los cambios en transparencia, nuevo catálogo de multas y fijación del monto de garantía de fiel cumplimiento del contrato, contribuyen al equilibrio de la relación comercial entre partes contratantes y a reducir la incertidumbre en torno a procesos licitatorios.

VI.7.5. Análisis del nuevo proceso de suspensión

Cenabast comenzó a utilizar en octubre de 2018 un sistema automatizado para la revisión de solicitudes de suspensión de entregas (que formará parte del nuevo procedimiento de Res Nº 316), ello permitió un análisis de campo efectuado por la FNE

- Información: 28.173 solicitudes de suspensión autorizadas por Cenabast entre enero de 2016 y junio de 2020
- Resultado: Concluye que el nuevo procedimiento presentaría mejoras en cuanto uso práctico, siendo una herramienta de incentivo para el pago puntual de los establecimientos.

VI.7.5.1. Nuevo proceso suspensión es más objetivo, preciso y rápido

Los plazos son más expeditos, los días de mora necesarios para poder iniciar solicitud de suspensión disminuyeron de 30 a 15 días corridos, y el tiempo respuesta de Cenabast disminuyó de 15 a 5 días hábiles. Plazos de Res Nº 316 aplicados desde finales del año 2018.

Según información obtenida desde noviembre de 2018 hasta junio de 2020, los números de días de mora que los proveedores esperaron para recién iniciar el procedimiento es notablemente superior al periodo que establecía la Res N°272, alcanzando en 2020 hasta más de 200 días corridos de mora. Con la implementación de la nueva plataforma de suspensión, el número disminuye considerablemente. Por lo que se

concluye que el plazo de la Res Nº 316 para que Cenabast resuelva las solicitudes de suspensión es factible de cumplir y se cumple.

Asimismo, existe completa certeza sobre los criterios de Cenabast para autorizar la solicitud, por lo que los proveedores –que cumplen requisitos de Res Nº 316– tienen completa seguridad de que, al iniciar procedimiento, éste será aceptado dentro de 5 días hábiles. De otro modo, se señala otra opción, que el establecimiento regule la situación de mora dentro de 5 días, y que el procedimiento pase a regularizarse, escenario aún más favorable para el proveedor.

Lo anterior, debiera reducir incertidumbre y pérdidas por mora, y aumentar incentivos a participar en procesos licitatorios, así como también los oferentes debieran internalizar –en precios de ofertas– disminución de este riesgo.

VI.7.5.2. Nuevo proceso constituye incentivo para regularizar situación financiera de establecimientos

Respecto a las solicitudes de suspensión de entrega de medicamentos aceptada, vigente y regularizada por Cenabast desde enero de 2016 a junio de 2020, se demuestra un cambio de comportamiento de pago por parte de los establecimientos públicos. Hay un cambio notorio al momento de la implementación de la nueva plataforma de suspensión, logrando que en 2019, más del 65% de solicitudes fueron regularizadas por los respectivos establecimientos. Adicionalmente, el número de solicitudes ha aumentado en los últimos años.

Por otra parte, respecto al monto total de deuda, regularizado y por solicitud, asociado a facturas impagas, en relación a las solicitudes aceptadas, desde enero de 2016 a junio de 2020, se afirma que posterior al nuevo procedimiento de suspensión, el monto de deuda regularizado creció considerablemente desde 2019.

Igualmente, el monto total de deuda en mora y deuda promedio por solicitud de suspensión ha disminuido en los últimos años, probablemente como consecuencia de que la plataforma web de suspensiones facilitó solicitudes, permitiendo un actuar más ágil para proveedores.

VI.7.5.3. Conclusiones del Análisis del nuevo proceso de suspensión

1. El Procedimiento de suspensiones de Res. Nº 316 entrega mayores incentivos a establecimientos públicos para que prioricen pagos, lo que ocurre ante la amenaza

creíble de que Cenabast decrete la suspensión de abastecimiento en un muy breve plazo.

2. Disminución de riesgos de mora aumentaría incentivos a participar en procesos licitatorios, favoreciendo especialmente a proveedores con menor estabilidad financiera.
3. No es posible reducir totalmente la probabilidad que establecimientos públicos incurran en mora, ya que uno de los principales componentes del problema, más que falta de incentivos para pagar, sería su escasez presupuestaria.
4. El problema excedería las materias de libre competencia, siendo más bien un tema vinculado a las políticas públicas de salud y al presupuesto de la Nación.

VI.7.6. Análisis de los cambios en materia de transparencia, nuevo catálogo de multas y fijación de montos de garantía

Señalan que las mejoras en materia de transparencia relacionadas con las solicitudes de suspensión, debieran contribuir a disminuir la incertidumbre de los laboratorios en torno a las licitaciones y, especialmente, en torno al actuar de Cenabast en procesos. Como consecuencia, sería de esperar un aumento en la libre concurrencia.

A su vez, Cenabast podría proporcionar información más valiosa a proveedores, como indicar el número de solicitudes de suspensión, o el porcentaje de deuda regularizado por tipo de establecimiento público, lo que ayudaría a los oferentes a estimar de mejor forma el actual riesgo asociado a la mora de un establecimiento.

La FNE recomienda que Cenabast proporcione –vía página web– estadísticas agregadas sobre el estado de las suspensiones de entrega, con el fin de reducir aún más la incertidumbre asociada a los procesos licitatorios en estudio.

Respecto a la relación comercial entre comprador y proveedor de este tipo de licitaciones, la CS ha señalado que *"aunque la posición de los contratantes frente al escenario que los rige no sea igualitaria, debe siempre, a lo menos, ser equilibrada, a riesgo de afectar la libre concurrencia de los oferentes y, así, distorsionar el mercado"*.

Indica que, con el objetivo de buscar equilibrio en relación con proveedores, Cenabast plasmó mejoras en Res Nº 316: reducción del catálogo de multas, ajustes al sistema de sanciones y eliminación de prerrogativas unilaterales, seguridad en monto máximo en aplicación de multas, y que el monto de la garantía de fiel cumplimiento no aumentará discrecional e inesperadamente.

Así, los cambios propuestos tenderían a reducir el riesgo de afectación a la participación de interesados en las licitaciones.

VI.8. Conclusiones Informe FNE

El Informe concluye que el proceso de suspensión de entrega es el principal aspecto de la Res N° 272 que Cenabast podía mejorar, con el objeto de generar incentivos para pagos oportunos. La Res Nº 316 –en conjunto con la nueva plataforma de solicitudes de suspensión– automatizará el procedimiento de suspensión, reduciría plazos de respuesta de Cenabast, además de ser una herramienta efectiva para que los establecimientos reduzcan la mora. La FNE considera que **estas modificaciones tienden a mitigar las distorsiones indicadas por la Corte Suprema.**

El Informe expresa que la Res Nº 316 presenta mejoras en materia de transparencia para con los proveedores, e incorpora nuevo catálogo de multas. Esto ayudaría a reducir la incertidumbre asociada a procesos licitatorios y a promover el equilibrio en la relación comercial entre contratantes. Ambas modificaciones fomentarían la libre concurrencia, lo que debería repercutir en la presentación de ofertas económicas más competitivas.

La **FNE ha constatado que, con el objeto de cumplir con la sentencia de la CS, CENABAST creó un Comité Técnico de Bases, cuya finalidad fue la de revisar íntegramente las Bases Tipo y hacer una nueva propuesta de Bases. De este modo, CENABAST, con el propósito de revisar las Bases, registró diversas reuniones con Asociaciones de Laboratorios, en las que participaron ASILFA; CIF y PROCMED. La FNE participó en el reestudio de las Bases Tipo.**

Producto de lo anterior, **se diseñaron diversos cambios, que resultaron en mejoras introducidas a la Resolución 316 (BLT) y que se manifiestan en la circunstancia que se subsanan las distorsiones observadas por la CS en sus diversas variantes**, como lo son: las solicitudes de suspensión de entrega, implementación de medidas que reducen la mora de la entidades públicas contratantes, la transparencia con proveedores, nuevos catálogo de multas que incorporan reducciones a las mismas y equilibrio de la relación comercial entre partes.

La sentencia recurrida, tal como lo indicamos, no se hace cargo de estas conclusiones, motivo suficiente para justificar su revocación.

VII. SENTENCIA RECURRIDA

La sentencia recurrida acoge la demanda de autos, sustentada en los siguientes argumentos:

1. **Rechazo de la excepción de cosa Juzgada parcial**

Cenabast opuso la excepción de cosa juzgada parcial fundamentada en que 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 de la Corte Suprema rol N°11.779/2017, existiendo cosa juzgada al respecto.

En el punto, resuelve la sentencia recurrida que se rechaza la excepción opuesta por entender que no concurre una identidad de cosa pedida y causa de pedir.

2. **Informe y participación de la FNE y escasa referencia al punto.**

La sentencia sólo hace referencia en muy escasas oportunidades y de forma tangencial al Informe de la FNE.[9]

En cuanto a las conclusiones del Informe, expresa la sentencia:

> ***"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); "*
>
> ***"Nonagésimo séptimo:*** *(...) 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)"*
>
> ***"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*

[9] Considerandos *Trigésimo segundo y Quincuagésimo cuarto.*

por parte de un establecimiento. Por último, los establecimientos públicos iniciaron la regularización de gran parte de su morosidad"

Según se observa, la referencia al extenso y circunstanciado Informe de la FNE es sumamente escasa.

3. **Nuevas Bases sometidas a toma de razón por la Contraloría General de la República:**

"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);*

4. **Reconocimiento de la participación de los laboratorios y Asilfa en el proceso de generación del contenido de las Bases**

*"**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 (...)"*

5. **Cumplimiento del fallo de la E. Corte Suprema**

Declara y resuelve la sentencia en esta materia lo siguiente:

"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 resolutiva);"*

*" **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:*

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 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;

***"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;"*

6. **Reconocimiento expreso de la existencia de medidas relevantes adoptadas por CENABAST. Incorporación de la plataforma de suspensión de entregas y automatización del proceso.**

***"Cuadragésimo octavo:** Que, no obstante, tal como se adelantó, **a partir de octubre de 2018, Cenabast ejecutó una medida relevante,** cuál 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).*

*(...) 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 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;"

7. <u>Reconocimiento expreso de la existencia de medidas relevantes adoptadas por CENABAST. Reducción del plazo de respuesta de Cenabast a las solicitudes de suspensión y la implementación de requisitos objetivos para la aceptación de tales solicitudes.</u>

***"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 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 (sección XIV, p. 26)	Resolución N° 316/2020 (sección XIII, p. 32)
"*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:* [...] *- 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* [...] *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).	"*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:* [...] *8.3. 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.* [...] *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 fututas*" (énfasis añadido).

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

8. **Reconocimiento expreso de la existencia de medidas relevantes adoptadas por CENABAST. Eliminación de la la discrecionalidad del proceso, disminución en prácticamente 70% del plazo de espera para que un proveedor pueda iniciar una solicitud; y reducción de 15 a 5 días hábiles del plazo máximo para dar curso al procedimiento de suspensión;**

"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 (sección XII, p. 43)	**Resolución N° 316/2020 (sección XIII, p. 32)**
*"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, solo una vez que se cumplan los siguientes requisitos copulativamente:* [...]
*- 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* [...]	*8.3. Que hayan transcurrido a lo menos **15 días** de vencido el plazo para el pago de las(s) factura(s).*
*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).	*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 **5 días hábiles**, se bloquearán por sistema dichas entregas fututas"* (énfasis añadido).

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

9. **Reproche por tardanza en implementación de mejoras**

*"**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; "*

10. <u>Exigencia impuesta por CENABAST a laboratorios en orden a entregar datos de morosidad, no sería indispensable</u>

*"**Quincuagésimo séptimo:** Que, respecto de este punto, este Tribunal considera que n**o 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°);*

*"**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;"*

11. CENABAST no habría compartido borrador de bases con Asilfa.

*"**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;"*

12. Reconocimiento de Asilfa en cuanto a que las modificaciones introducidas a las Bases cumplieron exigencias de la sentencia de la E. Corte

*"**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** (...)"*

*"**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;**"*

13. Reproche por no presentar borrador de BL a FNE.

*"**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;*

14. Cenabast modificó las Bases en términos más gravosos,

*"**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 (sección XIII, N° 8, p. 32)	Resolución N° 87/2022 (sección XIII, N° 8, pp. 35-36)
"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:* *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).*	*"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:* *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.*
8.4 Que la suspensión se encuentre exclusivamente acotada al ***contrato*** *y al Punto de entrega."* (énfasis añadido)	*8.3. Que hayan transcurrido a lo menos 15 días de vencido el plazo para el pago de las(s) factura(s).* ***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.*** *8.5. Que la suspensión se encuentre exclusivamente acotada al* ***producto*** *y al (los) punto(s) de entrega* ***en que incide el incumplimiento****, y:* ***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)

15. Atenuantes a la infracción

"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);"*

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

CONCLUSIONES DE LA SENTENCIA.

Las conclusiones de la Sentencia se plantean al siguiente tenor:

"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 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;*

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 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;*

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; "*

Parte resolutiva del fallo recurrido

"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

(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;

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."

De acuerdo a lo expuesto, la sentencia recurrida bien puede disgregarse en los siguientes puntos:

a. Expresión de motivos para acoger la demanda,

b. Reconocimiento de determinadas acciones específicas de Cenabast cuyo propósito y efecto fueron generar mejoras en la competitividad de las Bases de Tipo de Licitación.

c. Rechazo (por omisión de condena) de la mayor parte de las distorsiones planteadas por Asilfa

d. Omisión o inadecuado análisis de hechos acreditados en el proceso.

A continuación analizaremos en detalle cada uno de estos aspectos.

SEGUNDA PARTE: FUNDAMENTOS DEL RECURSO

I. LA SENTENCIA DEBIÓ ACOGER LA EXCEPCIÓN PARCIAL DE COSA JUZGADA PARCIAL

Cenabast opuso en la contestación de la demanda la excepción de cosa juzgada parcial, sustentada en los siguientes argumentos:

La sentencia de la Corte Suprema en autos rol N°11.779/2017 rechazó la mayor parte de las observaciones planteadas por Asilfa, que precisamente tienen la virtud de servir de fundamento a su actual demanda.

Prescindiendo de aquello, y, a través de esta acción, Asilfa incorpora nuevamente determinadas impugnaciones ya resueltas a través de una sentencia ejecutoriada emanada de la E. Corte Suprema.

Es así que **ASILFA fundamenta su demanda y solicita un pronunciamiento del TDLC en lo que respecta a 10 supuestas "distorsiones"** generadas por las Bases Tipo contenidas en la Resolución 272/14, y cuyo contenido ha sido sintetizado en el acápite de descripción de la demanda, al cual me remito.

Al efecto, y como resultado del análisis de las denominadas "*distorsiones*" es posible verificar que gran parte de ellas ya ha sido resuelta mediante sentencia ejecutoriada; ello, desde que la mayor parte de ellas consiste en la simple reiteración de las impugnaciones planteadas por la misma ASILFA en los autos NC 432/15 sobre consulta de las Bases Tipo contenidas en la Resolución de CENABAST Nº 272/2014.

La consulta de ASILFA respecto de la Resolución N°272/2014 de bases de licitación tipo, pide al TDLC que ordene se adopten diversas medidas a fin de prevenir los supuestos riesgos que el acto consultado pudiese ocasionar en el mercado relevante, proponiendo: a) Establecer en las bases tipo requisitos mínimos exigibles a las instituciones que requieran a CENABAST para satisfacer su demanda (relativos a estándares de morosidad) y la suspensión automática de instituciones que exhiban ciertos días de morosidad en el pago de las facturas 2. La fijación de un plazo de pago menor al que determina la normativa pertinente. 3. Establecer un derecho autónomo de los proveedores adjudicados para suspender los envíos de medicamentos a instituciones morosas. 4. La incorporación de estipulaciones relativas a multas, sanciones e intereses aplicables a las instituciones, a fin de incentivar el pago a proveedores. 5. Equilibrio entre proveedores e instituciones, con una instancia neutral de resolución de conflictos.

Los fundamentos de sus observaciones planteadas en la Consulta son los siguientes:

a) Las bases permitirían la agregación de la demanda de instituciones morosas.

b) No se confiere a los proveedores derechos autónomos, tales como el derecho a cobrar un interés moratorio, aplicar multas por incumplimiento, ejecutar garantías de fiel cumplimiento o la de suspender unilateralmente el envío de medicamentos a entidades morosas.

c) Las bases aplazan el plazo de pago a los proveedores

d) Las bases contienen un sistema de derechos, obligaciones, sanciones y garantías únicamente en favor de la compradora. Alude a un catálogo de nueve multas que sólo aplican para el proveedor y ninguna a las instituciones, a una garantía de fiel cumplimiento del contrato, y a un procedimiento de sanciones sustanciado por de CENABAST.

Tales fundamentos y las peticiones asociadas a los mismos son idénticos a las 10 distorsiones y 10 medidas solicitadas en la presente demanda.

A objeto de contextualizar la excepción opuesta, debemos recordar que la sentencia de la Corte Suprema que revocó la resolución de este H. Tribunal pronunciada en autos no contenciosos Rol NC 432/15 (y que rechazó en todas sus partes la consulta iniciada por ASILFA en contra de las Bases de Licitación contenidas en la Resolución Afecta Nº 272/2014), acogió parcialmente la consulta de ASILFA. Ello, al siguiente tenor:

> *"I.- Se acoge el recurso de reclamación ...**sólo en cuanto**, en su lugar, se decide 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 del aprovisionamiento de medicamentos e insumos médicos a instituciones públicas de salud, la Central Nacional de Abastecimiento (Cenabast) iniciará un proceso de reestudio, revisión y elaboración de las condiciones impuestas a través de las Bases Tipo que rigen los Procesos de Licitación Pública de Compra de Medicamentos, Dispositivos e Insumos Médicos y Alimentos bajo la Modalidad Distribución Directa Destinados al Apoyo del Ejercicio de Acciones de Salud, 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."

Dicha parte resolutiva, debe relacionarse con los siguientes considerandos, que tienen el mérito de rechazar aspectos sometidos a la Consulta.

- **Equilibrio contractual**

  *"**Noveno**: Que, sin embargo, en cuanto a la posición relativa de comprador y vendedor en materia de compras públicas, no puede soslayarse el hecho de tratarse, esta transacción en particular, de una regida por el Derecho Público, en tanto está destinada a la satisfacción de una necesidad pública como es, en este caso, el aprovisionamiento de medicamentos a los recintos adscritos al Sistema Nacional de Servicios de Salud. El interés público involucrado en la celebración de este tipo de contratos justifica la existencia de ciertas prerrogativas unilaterales de que goza la Administración, esto es, **facultades exorbitantes** que difieren de aquellas que ostenta todo contratante privado, tales como la de elaborar las bases de licitación, dirigir e inspeccionar el cumplimiento del contrato y de modificar las obras y servicios contratados. Ésta es la configuración del denominado principio de preeminencia de la Administración en la contratación pública, cuyo contenido es explicado el profesor Claudio Moraga Klenner, a través de las prerrogativas que ella detenta: "1. el ius variandi o poder de modificación del objeto del contrato; 2. la potestad sancionadora, básicamente en su modalidad de correctiva; 3. la potestad extintiva del contrato – o facultad de la Administración de poner término anticipado y unilateral al contrato fundándose para ello en la sola concurrencia de razones de interés público -, y la potestad de sustituir al contratante, por mora de este último en cumplir sus obligaciones, haciendo necesario que ellas sean prestadas directamente por la Administración, por sí, o a través de otro tercero (analógicamente, esta solución es la del art. 1553 del Código Civil)". (Tratado de Derecho Administrativo. Tomo VII. La Actividad Formal de la Administración del Estado. Editorial Legal Publishing. Año 2010, página 338). De acuerdo a lo expuesto, en la contratación en análisis no es posible que las partes se encuentren en una absoluta igualdad, puesto que, mientras el vendedor satisface su interés propio, el comprador actúa con una finalidad pública que justifica la existencia*

de condiciones especiales a su respecto. Empero, aunque la posición de los contratantes frente al escenario que los rige no sea igualitaria, debe siempre, a lo menos, ser equilibrada, a riesgo de afectar la libre concurrencia de los oferentes y, así, distorsionar el mercado."

Este considerando rechaza todas las pretensiones de la Consulta que exigen una equiparación absoluta entre la entidad licitante y los organismos requirentes, por un lado; frente a los proveedores. Ello conlleva declarar la improcedencia, respecto de la Administración, del cobro de intereses y multas, imposición de boletas de garantía, exigencia que sea un tercero quien determine el incumplimiento de un proveedor y sus consecuentes sanciones, etc.

Existe, por este motivo, **cosa juzgada** en la indicada materia.

- **Plazos para el pago**

  "Duodécimo: *Que también corresponde realizar ciertas consideraciones en lo concerniente a los plazos máximos de pago. La Resolución N°184 de 28 de mayo de 2013, anterior al acto consultado, ya establecía la regulación del término para proceder al pago de facturas, indicando en su acápite XII que éste sería de 45 días, contados desde la recepción conforme de las facturas en cada uno de los establecimientos. Esta cláusula se mantiene con la misma redacción en la Resolución N°272. Sin embargo, a diferencia de lo indicado en la consulta, corresponde puntualizar que estos términos ya fueron modificados, a través de la Resolución N°379 de 11 de septiembre de 2015, que refiere un "plazo máximo de 30 días, salvo que una norma legal establezca un plazo superior" que, para los establecimientos autogestionados, se encuentra en el documento denominado "Términos y Condiciones Mandato de Compra y Administración de Cenabast", que preceptúa un lapso de 60 días, a los cuales se suman los términos diferenciados – 45 y 60 días, respectivamente – que para cada uno de ellos se contempla, a fin de solicitar la autorización de suspensión del despacho.* ***Estos términos tienen fuente normativa, en la Ley de Presupuesto, para los establecimientos dependientes del Servicio de Salud; y en el Decreto Supremo N°38 del año 2005 del Ministerio de Salud, para los establecimientos autogestionados, de modo que, sin perjuicio del cobro de intereses una vez verificado su vencimiento, no es posible alterarlos en perjuicio de la Administración o a través de un acto administrativo.*** *"*

De acuerdo al referido considerando, se establece que los plazos normativos que regulan los términos para proceder al pago, son inmodificables respecto de las entidades públicas

Existe, por este motivo, **cosa juzgada** en la indicada materia.

- **Facultad para imponer multas**
  "Décimo quinto: *Que, en consecuencia,* ***el órgano se encuentra facultado para imponer multas,*** *en tanto autoridad administrativa y en representación del contratante perjudicado con el incumplimiento. Sin embargo, el destino de dichos fondos no puede ser su patrimonio propio, precisamente por su calidad de mandatario y en tanto no existe norma legal que le faculte para ello. La incidencia de este punto, en tanto se trata de sanciones que eventualmente pueden afectar a los proveedores y que son aplicadas por el mismo órgano que las capta, hace necesaria la explicitación de su destino, en el marco de las bases tipo que, a su vez, contienen el catálogo de obligaciones cuyo incumplimiento las gatilla."*

Queda claro que, de acuerdo a la sentencia, que las entidades de derecho público se encuentran facultadas para determinar y aplicar multas. Solo resulta necesario explicitar el destino de las mismas.

Existe, por este motivo, **cosa juzgada** en la indicada materia.

En síntesis, en cada una de las materias destacadas, que son independientes de las bases de licitación en las que se contengan, existe un pronunciamiento que tiene la fuerza de cosa juzgada, y por lo mismo, ASILFA se encontraba imposibilitada de someter al conocimiento y decisión de este H. Tribunal, tales asuntos ya resueltos por sentencia ejecutoriada.

Al efecto, coincidimos con los criterios del fallo recurrido, en tanto son los hechos los que circunscriben la cosa juzgada en materia de libre competencia (Considerando Vigésimo). Por lo mismo, y en razón a que estos hechos fueron conocidos y juzgados por la sentencia de la E, Corte Suprema es que procede acoger la excepción de cosa juzgada.

En particular, corresponde se acoja la excepción de cosa juzgada respecto de las "distorsiones" que van desde el numerando 4 al 10 de la demanda, por haber sido conocidas y rechazadas mediante sentencia ejecutoriada.

La sentencia recurrida, no obstante, rechaza la excepción interpuesta, a partir de su Considerando Decimosexto.

Esencialmente en razón a lo siguiente:

a. En materia de libre competencia la cosa juzgada, más que a partir de la identidad de partes, se configura en la identidad de los hechos a revisar. (Considerando Vigésimo).
b. Que el objeto y causa del procedimiento de Consulta serán distintos a los que sustentan la presente acción.

En tal sentido declara:

> ***"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;"*

Como se observa, el Tribunal reconoce una identidad en el proceso de consulta y el actual, tanto en las *"medidas que se solicitan"* como en *"las distorsiones identificadas "*

Esto, ciertamente, es lo mismo que reconocer una identidad entre objeto (pretensiones o beneficios jurídicos perseguidos) y causa (Fundamento inmediato de la pretensión)

Más adelante el fallo declara:

> ***"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 comento y, en segundo término, que ha infringido el inciso segundo letra b) del mismo artículo al abusar de su posición dominante mediante la ejecución de un comportamiento infraccional vinculado a la inejecución de la misma Sentencia;"*

Según se aprecia, es el propio Tribunal el que circunscribe la presente acción a los límites fijados por el contenido de la sentencia pronunciada por la E. Corte Suprema.

Por ello, si se trata de una demanda que persigue que se declare el incumplimiento de una sentencia, la más mínima congruencia procesal exige que dicha pretensión se enmarque en el contenido de la sentencia supuestamente incumplida (aceptando aquello que lo beneficia como lo que lo perjudica dentro de la misma sentencia) y no se pretenda un nuevo juicio declarativo (pretensión contraria a la figura de una acción que simplemente pretende dar cuenta del incumplimiento de una sentencia)

Es por este motivo que resultan contradictorios los Considerandos siguientes, en tanto declaran:

> ***"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;* "

Pido, entonces, que se revoque la sentencia recurrida y se acoja la excepción de cosa juzgada parcial opuesta por CENABAST.

II. ASPECTOS SUBSANADOS EN LAS NUEVAS BASES SEGÚN EL TEXTO DEL FALLO RECURRIDO

Hemos referido en la síntesis de la demanda, que esta se sustenta en 10 distorsiones (ya citadas).

No obstante, la sentencia sólo concentra sus fundamentos en los siguientes reproches:

a. Tardanza en la ejecución del fallo.
b. Otros aspectos (exigir datos de morosidad a laboratorios, no compartir Bases con ASILFA, modificar puntos de las Bases una vez aprobadas por la FNE,

De acuerdo a lo anterior, y sin que exista un pronunciamiento específico, **la sentencia recurrida, por la vía de la omisión, ha rechazado la demanda en lo que respecta a todo el resto de las objeciones ("distorsiones") citadas en la demanda.**

Precisamente, en lo sustancial, **la sentencia no reprocha la falta de adecuación del contenido de las nuevas Bases a lo ordenado por la sentencia de la E. Corte Suprema, sino la tardanza en adoptar tal procedimiento.** Ello, sin perjuicio de otros reparos puntuales.

Centraremos, por lo tanto, nuestra atención en este primer aspecto, sin descuidar las otras observaciones.

Sin embargo, de acuerdo a lo expresado, y como punto preliminar al análisis de la sentencia recurrida, debemos plantear la siguiente premisa, y que se manifiesta en el hecho que **el fallo recurrido da por cumplida; la sentencia de la E. Corte Suprema en los puntos más relevantes y sustanciales, a saber:**

i. Subsanación de la mora y,

ii. Adopción de medidas tendientes a equiparar el natural desequilibrio comercial entre las partes.

A todo lo anterior, se suma la circunstancia que -esta vez, expresamente- la sentencia recurrida reconoce el cumplimiento de los 2 aspectos formales de cumplimiento del fallo en cuestión:

i. Oír a los laboratorios

ii. Participación y aprobación del proceso por parte de la FNE

Siendo así, resulta incomprensible para esta parte el sentido condenatorio de la sentencia y la imposición de la multa.

III. ASPECTOS EXCLUIDOS DEL ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

Por motivos de economía procesal, nos remitimos en este Acápite a aquellas observaciones planteadas en la PRIMERA PARTE de este libelo, CAPÍTULO VI. INFORME DE ARCHIVO DE LA DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS SOBRE EL EXPEDIENTE ROL FNE Nº 2557-19, DE 24/02/2021 Y YERROS DEL FALLO.

IV. CUMPLIMIENTO DENTRO DE UN PLAZO RAZONABLE DE LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS A CENABAST

La Sentencia de la E. Corte Suprema acogió parcialmente consulta de ASILFA:

"sólo en cuanto, en su lugar, se decide 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 del aprovisionamiento de medicamentos e insumos médicos o instituciones públicas de salud, ***Cenabast iniciará un proceso de reestudio, revisión y elaboración de las condiciones impuestos a través de los Bases Tipo*** *que rigen los Procesos de Licitación Pública de Compra de Medicamentos, Dispositivos e insumos Médicos y Alimentos bajo lo Modalidad Distribución Directo Destinados al Apoyo del Ejercicio de Acciones de Salud, contenidos en la Resolución Afecta 272/2074,* ***oyendo o los laboratorios*** *involucrados y* ***con participación de la FNE"***

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 licitaciones, adquisiciones y ejecución de contratos efectuadas por el canal CENABAST respecto de todos los organismos requirentes; no es un proceso que pueda tardar un par de meses.

Por lo demás, más que referirnos a las Bases de Licitación, debemos hablar de un **sistema de licitación pública**, que engloba las Bases, pero también otros instrumentos, como los Mandatos Especiales que cada institución requirente debe suscribir con CENABAST y los contratos de suministro.

IV.1. Naturaleza de la obligación impuesta por la sentencia

El fallo en análisis tiene las siguientes características:

i. No determina ningún contenido explícito de nuevas Bases sino que establece pautas de acción.

ii. Establece materias que deben ser abordadas y objetivos

iii. Excluye determinado contenido (pretensiones no acogidas por el fallo).

iv. Establece un protocolo a fin de arribar a un texto de Bases (Oír a laboratorios e intervención de la FNE)

IV.2. Extensión temporal del cumplimiento del fallo: no existe retraso

1. Obligación surgida del fallo no es de ejecución instantánea

La obligación surgida del fallo no es de ejecución instantánea, sino que requiere de distintas etapas (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, hacer participar a la FNE, etc.)

Lo que sucede es que tratándose de modificaciones de esta envergadura y que más aún requieren la participación de terceros, no resulta posible plantear que dentro del transcurso de una cierta cantidad de meses debe necesariamente tenerse por cumplida la sentencia.

2. Estado permanente de cumplimiento del fallo

En autos se han acreditado diversas etapas de cumplimiento del fallo, comenzando por la fecha de ejecutoriedad del fallo, esto es, el día 2 de enero de 2018.

a. Inicio proceso interno de Cenabast

Supone que debe existir un proceso interno de CENABAST a partir de la ejecutoriedad del fallo, y previo a la citación de los laboratorios, que permita analizar la sentencia, sus efectos, proyectar el escenario futuro, planteamiento de modificaciones básicas y planificar reuniones con laboratorios. Esta etapa se prolongó por menos de 4 meses.

Un criterio de sana crítica, sustentado en reglas de la experiencia lleva a determinar que este lapso resulta absolutamente razonable, por lo que no puede

b. Etapa de Participación laboratorios

Se extiende formalmente desde el 20.04.2018 a diciembre del año 2019.

Ello, de acuerdo a los propios datos aportados por la demanda,

Supuso diversas reuniones e intercambio de correspondencia entre CENABAST, Asilfa, CIF y PROALMED

c. Etapa de Participación de la FNE:

Como puede observarse, y pese a que por efectos de la pandemia, CENABAST (tal como todas las entidades públicas y empresas particulares) funcionaba en forma remota y con mermas de personal, pudo elaborar en un periodo aproximado de 5 meses un borrador de Bases a partir del cierre de la etapa consistente en Oír a los Laboratorios.

Este periodo de intervención de la FNE se inicia mediante Oficio CENABAST 1875 de 2/5/2019 a la FNE en que se remite un primer borrador de Bases.

Por su parte, la FNE, mediante Oficio FNE 1225 de 31/5/2019, informa el inicio de revisión y apertura de investigación (art. 39 del DL 211.

A partir de dicho momento existe un periodo ininterrumpido de diálogo entre CENABAST y la FNE, que supuso la generación de **7 borradores de Bases de Licitación**, hasta llegar a la Resolución Afecta **N° 316/2020,** acompañada en autos a folio 903.

Enviadas dichas Bases al trámite de toma de razón, la Contraloría efectuó determinadas objeciones que fueron subsanadas en la **Res. Afecta N° 87 de 23/03/2022** (Mismo contenido de RA N° 316/2020 que cumple 5 observaciones de Oficio CGR E186326/2022 de 17.02.2022).

V. MATERIAS MODIFICADAS QUE INCIDEN EN MORA, TRANSPARENCIA, OBJETIVIDAD Y PUBLICIDAD

V.1. Procedimiento de suspensión de entregas. Bases Técnicas 87/2022 Cap XIII.8

Modificaciones

1. Requisitos para aprobar la solicitud son objetivos y se da certeza de resultado.
   Se reducen plazos de mora y respuesta de CENABAST
2. Solicitud del proveedor mediante plataforma web
3. Exigencias menores en torno al solicitante, en cuanto se requiere solo que proveedor no presente sanciones por no entrega dentro de 3 meses anteriores y que proveedor presente carga de información en sistema distribución mayor a 95%
4. Disminución del período de mora. Solo se exige que hayan transcurrido 15 días de vencido el plazo para el pago.
5. Suspensión exclusivamente acotada al contrato y al punto de entrega.
6. Farmacia privada. Deuda histórica vencida superior a 30 días
7. Automatización del proceso

Ingresada la solicitud, CENABAST verificará cumplimiento de condiciones y notificará a partes

Establecimiento debe responder en 5 días hábiles o se bloquea inmediatamente entregas futuras y nuevos contratos

Monitor web para comunicación entre el proveedor y el establecimiento.

El Proveedor deberá responder a observaciones del establecimiento ingresados en monitor dentro de 30 días (art.43 ley 19880. Abandono del procedimiento].

8. Publicidad. La Circular No 5 12/11/2018 regula suspensiones de entrega, cálculo de multas, etc.

V.2. <u>Multas Bases Técnicas 87/2022 Cap. XV de las sanciones y multas</u>

1. Destino.

Bases Técnicas Cap. XV 3.2. *"De conformidad a lo indicado por la CS Rol 11.779-2017, el* ***producto de las multas que se apliquen a proveedores será provisionado por Cenabast sin que ingresen a su patrimonio, ni pueda disponer de dichos montos. Por tanto, Cenabast devolverá dichos montos a sus mandantes, de acuerdo con procedimiento que será publicado e informado en página web de Cenabast.***"

A folio 1078 se acompañaron 315 oficios de Cenabast informando la transferencia de fondos por concepto de multas percibidas y 69 oficios consultando números de cuenta para realizar transferencias.

2. **Rebaja monto multas.** Bases Técnicas Cap. XV 3.2
3. **Tope máximo.** Bases Técnicas Cap. XV.1 35 % monto total contrato
4. **Propuestas de solución.** (posibilidad de entrega de producto alternativo)
5. **El catálogo de multas ha disminuido.** Rebaja desde 12 a 4 tipos de multa[10]

V.3. <u>Otras acciones realizadas por CENABAST que favorecen la competencia en los procedimientos de licitación pública</u>

a. ELIMINACIÓN DE REQUISITOS DE CERTIFICACIÓN: Respecto de productos farmacéuticos, previo a su comercialización, los laboratorios deben validar su

[10] a. NO INGRESO DE STOCK SOLICITADO: Si proveedor no realiza ingreso de stock solicitado en plazo, se aplicará multa del 15% del valor total neto no informado, sin perjuicio de lo eventual sanción administrativa.
b. ATRASO EN LA ENTREGA DE PRODUCTOS: Si proveedor incumple la "Fecha Límite de Gestión" establecida en el informe de distribución, se le aplicará una multa de 1% diario del valor total neto de los productos gestionados con retraso, con un máximo de 7 días (corridos), tras lo cual se considerará "No entrega de productos".
c. NO ENTREGA DE PRODUCTOS: En caso que el proveedor no informe las gestiones de distribución de acuerdo o lo establecido en el Cap. XIII, N 3, punto 3.1 (Entrega de los productos), se le aplicará multa del 35% del valor total neto de los productos no entregados, sin perjuicio de la eventual sanción administrativa.
d. NO CONFORMIDAD EN CERTIFICACIÓN PRESENCIAL: El producto distribuido no corresponde al adjudicado. Se aplicará multa de 10 UTM, sin perjuicio de que en formo posterior se cumplo o no con lo entrego,

seguridad y eficacia terapéutica. Estos atributos eran revisados también por Cenabast en una certificación presencial. Hoy se elimina tal certificación y certificado BPM (Buenas Prácticas de Manufactura)

b. REDUCCIÓN INVENTARIO A 15 DÍAS: Antes, el plazo de stock de los productos era de 1 mes a 45 días. Luego de la modificación de las Bases los proveedores tienen que soportar económicamente menos tiempo de bodegaje de stock inmovilizado.

c. REBAJA EN PORCENTAJE DE GARANTÍA DE LA SERIEDAD DE LA OFERTA. (Bases Técnicas Cap. V.2.6)

Los montos de las garantías de seriedad de la oferta disminuyen y se determinan según tramos de la licitación

- Licitaciones LR (> 5.000 UTM) 1% Total del monto bruto del contrato
- Licitaciones LQ (2.000 a 5.000 UTM), LP (> 1.000 UTM) o monto indeterminable será de $ 2.000.000.-
- Licitaciones LE (> 1.000 UTM) $500.000.

Esta disminución de los montos de la garantía de seriedad de la oferta disminuye las barreras de entrada para los oferentes.

d. Publicidad de actos

VI. DESTINO DE LAS MULTAS

La propia sentencia ha acreditado que CENABAST cumplió estrictamente el mandato contenido en el fallo de la Corte. Ello, conforme lo siguiente:

> ***"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 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;"*

VII. NO EXISTE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

No abordaremos mayormente el punto, dado que la sentencia recurrida rechaza este punto de la demanda.

Solo a mayor abundamiento debemos expresar que no es posible configurar la hipótesis de abuso de poder dominante, conforme los términos planteados en la demanda, que expresa al efecto:

"*8. El abuso de posición dominante de la demandada ejecutado con posterioridad al «Cúmplase» de la Sentencio -02/01/2018-y que HA CONSISTIDO EN SEGUIR ADJUDICANDO Y EJECUTANDO LICITACIONES ADJUDICADAS conforme a (i) Los términos de las Bases Tipo reprochados en la Sentencia y a (¡¡) Los términos de la Resolución N 347/2016 que replicaron y empeoraron los de las Bases Tipo a partir de julio de 2018 -sin haber dispuesto al efecto ninguna medida de mitigación*"[11]

En el punto, debemos aclarar que la Sentencia de la Corte Suprema no suspende el ejercicio de las competencias legales de CENABAST, por lo que dicha entidad libremente podía seguir convocando a licitaciones y modificar las Bases en aplicación, paralelamente a gestación de nuevas Bases de licitación conforme los parámetros impuestos por la Corte Suprema.

VIII. AUSENCIA DE DAÑO ANTICOMPETITIVO

La sentencia no se hace cargo del punto.

Especialmente resulta relevante este elemento de la antijuridicidad del ilícito anticompetitivo, considerando que, tal como lo hemos visto, la sentencia impugnada da por resuelto tanto el problema de la mora como el de desequilibrio comercial entre las partes.

Tales reproches son precisamente los más idóneos para poder haber generado un daño a los laboratorios integrantes de Asilfa. Entonces, al haberse descartado, no es posible establecer una hipótesis de daño.

A mayor abundamiento, Asilfa no generó prueba alguna en este orden.

IX.- <u>EN SUBSIDIO DE LO ANTERIOR, LOS OBJETIVOS DE POLÍTICA PÚBLICA JUSTIFICAN CUALQUIER SUPUESTA RESTRICCIÓN A LA COMPETENCIA: PROPORCIONALIDAD Y FUNCIÓN PÚBLICA</u>

La sentencia recurrida debió tener a la vista las siguientes consideraciones generales acerca de la controversia planteada a propósito de las Bases impugnadas dentro del contexto de una licitación pública, conforme las cuales, incluso, de existir algún específico

[11] Demanda (pág. 2)

desequilibrio en las condiciones de plena libre competencia (tal como resulta de las puntuales observaciones de la sentencia recurrida, que desechan las impugnaciones más relevantes contenidas en la demanda) , ellos no son suficientes para configurar un ilícito.

El cumplimiento de objetivos de políticas públicas no es posible de obtener a través de medidas alternativas.

Incluso de considerar hipotéticamente que los efectos anticompetitivos sí se producen a partir de las puntuales objeciones del fallo, sea porque se verifica una limitación en el número de oferentes, o en su capacidad y/o incentivos para competir, éstos **se justifican plenamente en el objetivo de política pública perseguido**. (Ya definido en la presente contestación)

En efecto, las supuestas restricciones a la competencia responderían a la única solución posible para el problema existente, cuál es, la de generar un mercado más competitivo, a la par de garantizar el acceso de la población a medicamentos e insumos.

Por lo demás, estas supuestas restricciones serían **sumamente acotadas y se han mitigado debidamente por la autoridad**, ya que se ha minimizado su impacto.

En línea con el exigente estándar de proporcionalidad o costo-efectividad establecido por la FNE en la Guía N° 4 de la FNE, "Sector Público y Libre Competencia", cualquier distorsión en la competencia que pudiese generar la política pública implementada –que en todo caso es inexistente- ha sido justificada y mitigada.

En definitiva, entre los objetivos de política pública perseguidos al diseñar el Proyecto licitado, por un lado, y las eventuales restricciones a la competencia que se pudiesen generar, por el otro, es indudable que existe una debida **proporcionalidad**, lo que obsta a considerar ilícita la concesión. Para concluir lo anterior, basta tener presente que: (i) Las Bases se han diseñado de un modo **eficiente**; (ii) Las Bases tienen por objeto solucionar un problema significativo, que afecta a la sociedad en su conjunto, y en los hechos su implementación generará buenos resultados; (iii) las restricciones a la competencia, de existir, son muy menores y encuentran su causa en los objetivos de política pública.

En la materia este H. Tribunal ha declarado (Sentencia N° 138/2014, consideración decimonovena):

"en Chile, al igual que en el derecho comparado, es claro que la preocupación del derecho de la competencia no es proteger competidores, sino el proceso competitivo" (...)

De este modo, el interés individual de una o varias empresas, como la asociación demandante, debe someterse al interés público.

En materia de licitaciones públicas, este H. Tribunal ha declarado en autos NC 432/15, sentencia nº 50/2017:

"*En consecuencia, no bastaría con acreditar que las bases de licitación que se analizan contienen elementos arbitrarios o discriminatorios para concluir que afectan la libre competencia.*"

Como puede apreciarse, tratándose de licitaciones públicas, el estándar para acreditar ilícitos es más alto y complejo, debiendo considerarse una serie de aspectos que paso a enunciar:

El diseño de las Bases responde a la satisfacción de una necesidad pública; particularmente, el abastecimiento de medicamentos y productos relacionados con la salud pública.

Sobre el particular, la FNE ha expresado que "*reconoce que, en algunos casos, los objetivos de política pública y las regulaciones específicas que los concretizan, pueden no estar alineados con los principios de la libre competencia, e incluso llegar a contravenirlos*"[12]. Sin embargo, cuando "(...) *estas disposiciones estén fundadas en un mandato legal expreso y específico que se sobreponga a la normativa de libre competencia, y que la actuación de los OAE (*Órganos de la Administración del Estado) *se ciña estrictamente a lo dispuesto en la ley, la FNE entiende que* ***tal actuación no sería objeto de reproche como ilícito anticompetitivo***"[13].

Así entendido, cuando existe un mandato legal expreso que ordena a un órgano del Estado a actuar de determinada forma, no corresponde calificar tal conducta como un ilícito anticompetitivo. En cambio, cuando existe un ámbito pleno de discrecionalidad en la actuación de la autoridad, sí es procedente revisar su conformidad con el DL 211[14].

Ahora bien, los actos discrecionales de la administración del Estado no deben ser analizados económicamente de un modo análogo a los abusos unilaterales de posición dominante. Ello es evidente, desde que los órganos del Estado en la implementación de una política pública no abusan de un poder de dominio con un fin explotativo o exclusorio, sino

[12] Guía N° 4 de la Fiscalía Nacional Económica, "Sector Público y Libre Competencia", p. 5.
[13] Ibíd., p. 5.
[14] Ibid., 5 y 6.

que, en su caso, generan una distorsión en el mercado en pos de la consecución de un determinado objetivo de política pública.

En mérito de lo anterior, la FNE ha señalado[15] que en estos casos procede identificar los eventuales efectos anticompetitivos de la política pública y analizar si existen medidas alternativas que permitan cumplir dichas finalidades sin provocar o que provoquen en menor grado, restricciones a la competencia.

En un sentido similar se ha pronunciado el TDLC declarando:

"Que, en consecuencia, y aun cuando las restricciones a la competencia que alguna política pública pueda entrañar estén efectivamente justificadas, éstas deben procurar producir la mínima distorsión posible en el funcionamiento competitivo de los mercados. Así también se ha considerado en otras jurisdicciones (por ejemplo, en el documento de la agencia de competencia española "Recomendaciones a las administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia", disponible en [16]*http://www.cncompetencia.es/)"*[17].

Más adelante, la misma sentencia declara:

"Que el derecho de defensa de la competencia, entonces, impone a las autoridades del Estado, al momento de diseñar e implementar sus políticas públicas, el deber de ponderar los fines de la regulación sectorial o especial de que se trate con la protección de la libre competencia, de tal forma que la aplicación de dicha regulación sea compatible con ella"[18].

Así, en la medida de que las restricciones a la competencia sean justificadas y necesarias, esto es, cuando existe **proporcionalidad** entre los beneficios sociales y los efectos anticompetitivos[19], o éstos son prudencialmente mitigados, no cabe calificar la conducta como ilícita desde el punto de vista del Derecho de la Competencia.

El TDLC en casos donde se ha objetado el actuar de la Administración del Estado en materia de Concesiones, ha aplicado un criterio que está en línea con lo recién expuesto, declarando:

---

[15] Ibíd., p. 21 y 22.

[16] Sentencia N° 105/2010, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Considerando 21°.

[17] Sentencia N° 105/2010, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Considerando 21°.

[18] Ibídem, Considerando 22°.

[19] En otras palabras, no existe ilícito cuando la política pública se justifica luego de un análisis de costo-efectividad.

"Que es necesario preguntarse, entonces, cuáles son las limitaciones que el derecho de la competencia impone al despliegue de la política pública. Este Tribunal entiende que ***lo exigido es simplemente la mantención de mínimas condiciones de rivalidad****, en el entendido que ésta última corresponde a lo que la doctrina entiende como el más básico sentido de la competencia para alcanzar ciertos fines socialmente deseables"*[20]. (El destacado es nuestro).

Por lo demás, las objeciones planteadas por el TDLC se limitan en una tardanza para llegar a un resultado exitoso y en un pequeño punto referido a las solicitudes de suspensión de entrega que resulta absolutamente justificado en su introducción (en cuanto a exigir un mínimo de información proveniente de los laboratorios)

X.- EN SUBSIDIO. PIDE SE RECHACE CONDENA EN MULTAS O SE FIJEN EN SU MENOR RANGO

En subsidio de las alegaciones y defensas ya referidas, y para el caso que la Excma. Corte Suprema determine condenar a CENABAST; pido se le exima del pago de multas o, en su defecto, se establezcan en una cuantía menor a la suma de 100 unidades tributarias anuales

Para fundamentar mi petición, me remito expresamente a todos los antecedentes expuestos en el cuerpo del presente libelo, los cuales, por economía procesal, pido se tengan por expresamente reproducidos.

XI. CONCLUSIONES

El fallo de la Corte Suprema, tantas veces citado, obligaba a Cenabast a:

- Iniciar un proceso de reestudio, revisión y elaboración de la Resolución Afecta N°272/2014 en varios temas.
- Oír a los laboratorios involucrados
- Solicitar la opinión de la Fiscalía Nacional Económica.

Al efecto, y considerando los hechos planteados en esta contestación, la normativa atinente, la prueba rendida y el Informe de la FNE podemos concluir lo siguiente:

1.- Que cada una de las objeciones planteadas en el fallo de la E. Corte Suprema, e incluso, otros aspectos que no fueron abordados por el fallo, pero que dicen relación con

[20] Sentencia N° 138/2014, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Considerando 16°.

establecer mejoras competitivas a las nuevas Bases de licitación (como los plazos, las multas y las suspensiones), fueron efectivamente abordados por CENABAST y plasmados en un nuevo texto de Bases Tipo.

2.- CENABAST ha cumplido el fallo de la Excma. Corte en lo que concierne a la forma y procedimiento impuesto; para lo cual ha sostenido reuniones con representantes de laboratorios y frecuentes comunicaciones. Del mismo modo, CENABAST ha incorporado la participación de la FNE en el momento en que este último servicio lo determinó (una vez que estuviese concluido el borrador de las nuevas Bases). Todo este proceso ha concluido con el Informe favorable de la FNE

3.- CENABAST ha tomado en consideración las recomendaciones de fondo del fallo de la Excma. Corte, creando condiciones favorables para el mercado, trabajando en simplificaciones concretas que benefician tanto a los pequeños y medianos proveedores, como a aquellos proveedores no incumbentes, lo que permite una mayor competencia.

4.- El fallo no estableció un plazo concreto para que las nuevas bases comenzarán a regir, entendiendo la complejidad del asunto y la necesaria participación de terceros, como los laboratorios y la FNE.

CENABAST ha sostenido conversaciones y reuniones con los proveedores, ha oído sus peticiones, y ha llegado a ciertos acuerdos, dentro de los cuales se ha manifestado conformidad por parte CIF y Proalmed. (Acreditado por prueba documental y testimonial)

5.- Complejidad del proceso de elaboración de un SISTEMA de licitación que incluye las Bases de Licitación, especialmente, si tales Bases son Bases Tipo destinadas a regular todos los procedimientos licitatorios que surjan durante su vigencia

A lo largo del presente libelo hemos podido evidenciar la relevancia y complejidad de unas bases de licitación, especialmente, cuando ellas están destinadas a regular no solo un procedimiento de licitación, sino cientos de procedimientos extendidos en largos períodos de tiempo. Por lo mismo, el proceso de desarrollarlas es largo y riguroso. Prueba de ello, el proceso de elaboración de unas bases que obedecieran a lo establecido en el Proyecto de Acuerdo de la Cámara de Diputados N°345, efectuado en sesión 31 de fecha 17 de mayo de 2011, en donde se aprobó un nuevo modelo de negocios para la CENABAST, demoró más de tres años en concretarse en un documento acorde.

En este sentido, los ejemplos proporcionados por la sentencia recurrida que dan cuenta de Bases aprobadas en un relativo corto tiempo, no supusieron la participación de

1337

terceros y la de la FNE y tampoco debían ser establecidas conforme un determinado objetivo, como era el caso.

Por tanto, en virtud de lo expuesto, de los antecedentes de autos y de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 27 del DL 211 y demás normas legales aplicables,
Solicito al H. Tribunal: tener por interpuesto el presente recurso de reclamación en contra de la **Sentencia N°184/2022**, de fecha 29 de diciembre de 2022, declararlo admisible, y acogerlo a trámite elevando los autos a la Excma. Corte Suprema a fin de que, conociendo del recurso, revoque y deje sin efecto la referida **Sentencia N°184/2022**, y disponga en su reemplazo se rechaza en todas sus partes la demanda de autos interpuesta por Asilfa, con costas.

En subsidio, pido que la Excma. Corte Suprema exima a CENABAST del pago de 100 unidades tributarias anuales, o, en subsidio, se rebaje el monto de dicha multa a la suma que la Excma. Corte Suprema considere pertinente conforme al mérito del proceso.

Primer otrosí: Para el conocimiento de esta Excma. Corte, vengo en acompañar copia de las Bases de Licitación contenidas en la resolución 87/ 2022 tomadas de razón.

16ENE 23 18:53

Segundo otrosí: Ruego a S.S. tener presente que mi calidad de Abogada Procurador Fiscal Subrogante de Santiago, consta del certificado emanado del Secretario Abogado del Consejo de Defensa del Estado y que acompaño en este acto.

Tercer otrosí: Ruego a S.S. tener presente que, sin perjuicio de mi facultad legal para representar al demandado, y de conformidad con lo previsto en los artículos 24 y 42 del D.F.L. N°1 de 1993, de Hacienda, en mi calidad de abogado habilitada para el ejercicio de la profesión, asumo personalmente el patrocinio en esta causa, reservándome el poder y fijando como domicilio el de calle Agustinas N°1225, Piso 4°, comuna de Santiago.

LCA / 3483-2019 / JMS *

CAROLINA CECILIA VÁSQUEZ ROJAS

Firmado digitalmente por CAROLINA CECILIA VÁSQUEZ ROJAS
Nombre de reconocimiento (DN): c=CL, o=E-Sign S.A., ou=Terms of use at www.esign-la.com/acuerdoterceros, cn=CAROLINA CECILIA VÁSQUEZ ROJAS, email=carolinavasquez@cde.cl
Fecha: 2023.01.16 17:13:17 -03'00'