

Santiago, ocho de enero de dos mil veinte.

**VISTOS:**

**A. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica**

1. A fojas 2, el 7 de julio de 2017, la Fiscalía Nacional Económica ("FNE" o "Fiscalía") interpuso un requerimiento contra Industrial y Comercial Baxter de Chile Ltda. ("Baxter") y Laboratorio Sanderson S.A. ("Sanderson"), acusándolas de haber infringido el artículo 3° incisos primero y segundo letra a) del D.L. N° 211, al celebrar acuerdos destinados a afectar dos procesos de licitación pública, a saber: (i) la licitación ID 4309-190-LP12, convocada por el Hospital Guillermo Grant Benavente de Concepción ("Licitación Hospital"), relativa a la adquisición de cloruro de sodio 0,9% inyectable, contenido en envases colapsables de 100 ml; y (ii) la licitación ID 621-163-LP12, convocada por la Central Nacional de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud ("Licitación Cenabast"), relativa a la adquisición de suero fisiológico de 100 ml. Fundamenta su acusación en los siguientes hechos que, a su juicio, dan cuenta de que las requeridas habrían desplegado estrategias destinadas a la afectación de procesos de licitación pública:

1.1 Señala que, a partir de dos denuncias, se dio inicio a la investigación Rol FNE N° 2022-12 que sirve de antecedente al requerimiento interpuesto en autos. Durante dicha investigación, la FNE indica que fue autorizada para llevar a cabo diligencias de entrada, registro e incautación de especies y de interceptación y registro de comunicaciones.

1.2 En cuanto a los hechos acusados, la FNE expone que las requeridas habrían tomado contacto –por medio de llamadas, mensajes de texto o reuniones presenciales– antes de la fase de presentación de ofertas de ambas licitaciones objeto del requerimiento, a través de sus gerentes generales, Christian Quiroga, de Baxter, y Mariano Ojeda, de Sanderson. La FNE agrega que los gerentes generales serían quienes tomaban la decisión de presentarse a una licitación como las incluidas en el requerimiento, así como sobre el precio que ofrecerían.

1.3 En lo que respecta a la Licitación Hospital, la Fiscalía expone lo siguiente:

i. Esta licitación comprendía 16 líneas de sueros, dentro de los cuales el cloruro de sodio 0,9% de 100 ml en envase flexible representaba alrededor del 40% del monto

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





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

total adjudicado. Agrega que sus bases fueron publicadas el 11 de julio de 2012 y el cierre de la fase de presentación de ofertas fue establecido para el 31 de julio de ese año. La oferta de Sanderson fue subida al sistema el 30 de julio de 2012 y la oferta de Baxter fue subida al sistema el 31 de julio del mismo año.

ii. Las requeridas habrían acordado, a través de sus gerentes generales, que Sanderson se adjudicaría la licitación y que Baxter presentaría una oferta de cobertura o se abstendría de ofertar. La FNE indica que existiría evidencia que demostraría que el acuerdo alcanzado entre las requeridas no fue ejecutado por el equipo de ventas de Baxter de la forma prevista por su gerente general, por lo que esta licitación habría sido adjudicada a Socofar S.A., que actuó en representación de Baxter, y no a Sanderson, como estaba acordado. Este incumplimiento se habría debido a que el Sr. Quiroga se encontraba de vacaciones fuera del país.

iii. Como evidencia de lo anterior, la FNE cita un extracto de una conversación telefónica que tuvo lugar entre el Sr. Quiroga y la Sra. Nicole Valenzuela García, supervisora de ventas de Baxter. La Fiscalía indica que dicha conversación revelaría la existencia de una reunión entre Christian Quiroga y el Sr. Ojeda, en la que habrían conversado de resultados de procesos de licitación de sueros y de las proyecciones de las requeridas, además de un reconocimiento por parte del Sr. Quiroga de haber incumplido el acuerdo imputado. La Fiscalía agrega que el Sr. Quiroga habría manifestado en dicha conversación que el Sr. Ojeda le habría pedido ayuda para mejorar las ventas de Sanderson, por lo que le habría solicitado a la Sra. Valenzuela que verificara *qué hay para entregarle algo para ID a Sanderson para poder darle una mano*. Por último, la FNE señala que el Sr. Quiroga habría manifestado en dicha conversación que lo anterior tendría por objeto evitar que las requeridas compitieran en precios.

1.4 En lo que respecta a la Licitación Cenabast, la Fiscalía expone lo siguiente:

i. Las bases de esta licitación fueron publicadas el 31 de agosto de 2012 y la fase de presentación de ofertas cerró el 21 de septiembre del mismo año. Sanderson habría presentado su oferta el 20 de septiembre de 2012 y Baxter no habría presentado ninguna oferta ni directa ni indirectamente.

ii. Las requeridas habrían acordado que Sanderson se adjudicaría la licitación mediante la abstención de Baxter de participar en ella.

iii. La evidencia reflejaría que, en un principio, el equipo de ventas de Baxter habría pretendido presentar una oferta en esta licitación, pero que dicha pretensión habría sido frustrada por la Sra. Valenzuela. Según explica la FNE, la Sra. Valenzuela habría

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





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

enviado a los ejecutivos de Socofar, a través de un correo electrónico de 13 de septiembre de 2012, un archivo Excel, donde antes se indicaba el precio de las ofertas para Baxter y Socofar, señalando "no nos presentaremos". Este cambio de criterio habría obedecido a un acuerdo entre las requeridas lo que se reflejaría en que, durante la mañana del 13 de septiembre de 2012, ejecutivos de Baxter se habrían reunido para preparar las ofertas relativas a licitaciones de Cenabast que enviarían a Socofar; y que, entre los días 10 y 13 de septiembre de ese año, Christian Quiroga y Mariano Ojeda habrían intercambiado siete mensajes de texto.

iv. En esta licitación Baxter no se presentó, Sanderson ofertó un precio unitario de \$290 y B. Braun Medical SpA ("B. Braun") ofertó \$275 por su producto *Ecoflac*, resultando este último adjudicatario de la licitación por un monto total de \$400.000.000 (cuatrocientos millones de pesos).

v. Luego de ello, la FNE indica que en una conversación entre el Sr. Quiroga y la Sra. Valenzuela, ambos de Baxter, la Sra. Valenzuela se habría lamentado que B. Braun se hubiere adjudicado la licitación por un error de cálculo de Sanderson, ya que podrían habérsela adjudicado ellos. Agrega que el Sr. Quiroga habría hablado de esto con el Sr. Ojeda, quien le habría señalado que no lo habían dejado ir al precio que él quería, a lo que el Sr. Quiroga le habría preguntado por qué no lo avisó de esta última circunstancia.

1.5 En relación con el mercado afectado por las conductas descritas en el requerimiento, la FNE señala que existen dos mercados relevantes del producto distintos. El primero de ellos es el de la Licitación Hospital, el que corresponde a la *provisión de Cloruro de Sodio en concentración 0,9% contenido en envase flexible de volumen de 100 ml*; y, el segundo, es el de la Licitación Cenabast el que corresponde a la *provisión de Cloruro de Sodio en concentración 0,9% contenido en envase colapsable de volumen de 100 ml*. Agrega que, tratándose de licitaciones públicas, no existen bienes sustitutos eficaces, ya que el producto queda determinado en las bases de licitación.

1.6 En cuanto al mercado relevante geográfico, la FNE expone que el mercado afectado por los ilícitos imputados corresponde al territorio nacional.

1.7 La FNE indica, respecto del poder de mercado de las requeridas, que éste debe ser analizado desde una perspectiva general, dado que, en licitaciones públicas, la competencia se da "por" la cancha y no "en" la cancha. Siguiendo esta argumentación, señala que las requeridas han concentrado más del 70% de las adjudicaciones de suero de 100 ml en licitaciones convocadas por el sector público, en el período que va

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





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

de 2009 a 2014. Añade que las dos licitaciones afectadas por los hechos denunciados en el requerimiento comprendieron grandes volúmenes, lo que habría dificultado la participación de algunos laboratorios.

1.8 En relación con el derecho aplicable, señala que concurren en la especie todos los requisitos para configurar los ilícitos anticompetitivos colusorios en ambas licitaciones. En relación con la Licitación Hospital, la circunstancia de que Baxter se haya alejado del acuerdo con Sanderson no es impedimento para que se le imponga una sanción, citando para ello la sentencia dictada por la Excm. Corte Suprema en el procedimiento Rol N° 5128-2016. Señala al respecto que la mera existencia del acuerdo es reprochable, independiente de su grado de ejecución. En cuanto a la Licitación Cenabast, expone que el hecho de que ésta se haya adjudicado a un tercero no convierte el acuerdo en lícito, toda vez que Baxter podría haber participado a un precio inferior al que se adjudicó.

1.9 Por último, justifica la sanción solicitada en que: (i) se trataría del ilícito anticompetitivo de mayor gravedad; (ii) el producto involucrado es un producto que debe estar presente en todos los centros de salud de forma ininterrumpida; y (iii) el efecto disuasorio que debe ponderarse para remover los incentivos a coludirse.

1.10 En razón de lo anterior, la Fiscalía solicita que se acoja el requerimiento interpuesto en contra de Baxter y Sanderson y que:

- i. Se declare que las requeridas han ejecutado y celebrado los acuerdos anticompetitivos que se les imputan, en infracción al artículo 3° incisos primero y segundo letra a) del D.L. N° 211;
- ii. Se les prohíba ejecutar las conductas imputadas en el futuro, ya sea directa o indirectamente, bajo apercibimiento de ser consideradas como reincidentes;
- iii. Se imponga a Industrial y Comercial Baxter de Chile Ltda. una multa de 200 Unidades Tributarias Anuales, o el monto que el Tribunal estime ajustado a derecho;
- iv. Se imponga a Laboratorio Sanderson S.A. una multa de 200 Unidades Tributarias Anuales, o el monto que el Tribunal estime ajustado a derecho; y
- v. Se condene a Industrial y Comercial Baxter de Chile Ltda. y a Laboratorio Sanderson S.A. al pago de las costas de la causa.

**B. Contestación de Laboratorio Sanderson S.A.**

2. A fojas 88, Sanderson contestó el requerimiento, solicitando su total rechazo con expresa condena en costas y, en subsidio, que se rebaje la multa solicitada por la

**ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL**





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

FNE. En términos generales, Sanderson niega haber participado en algún acuerdo colusorio y niega, también, los hechos que motivan el requerimiento de la Fiscalía, quien invocaría erradamente la tentativa de colusión, figura que, a su juicio, no existe en la legislación chilena de libre competencia. Sanderson funda sus alegaciones en los antecedentes que se indican a continuación:

2.1. En relación con el producto objeto de las licitaciones acusadas en autos, Sanderson señala que el suero se trata de un producto farmacéutico de uso humano, sujeto al control del Instituto de Salud Pública de Chile, el que para ser distribuido en el territorio nacional requiere contar previamente con un registro sanitario. Añade que este producto se puede comercializar en distintos tipos de contenedores, los que, si bien no afectan la finalidad del producto, le otorgan propiedades que hacen que algunos sean más fáciles de administrar. Estos distintos envases son: ampollas, bolsas de PVC, bolsas sin PVC, envases semirrígidos y envases de vidrio. Los oferentes de este producto son fabricantes locales, importadores y distribuidores de ambos. Al respecto, indica doce empresas que tienen registrado el producto cloruro de sodio 0,9% inyectable en 100 ml en Chile, las que lo comercializan en distintos contenedores.

2.2. En cuanto al abastecimiento de suero por el sistema público, Sanderson indica que se hace a través de licitaciones públicas y privadas, así como vía convenios marco o venta directa, en los términos regulados por la normativa respectiva. Indica que, en las licitaciones públicas, el licitante indica el producto, describiéndolo con su principio activo (cloruro de sodio), la concentración (0,9%), el volumen (100 ml) y una referencia a las características del envase. Así, en la Licitación Hospital el envase señalado era *envase flexible* y en la Licitación Cenabast era *envase tipo Viaflex (colapsable)*. Al respecto, las bases de licitación no definen qué debe entenderse por los términos “flexible” o “colapsable” y la referencia a marcas –Viaflex es la marca de bolsas de Baxter– deja un margen discrecional a las comisiones evaluadoras respectivas en cuanto a definir si el producto ofrecido por los oferentes de la licitación cumple con los requisitos técnicos establecidos.

2.3. En lo que respecta a la definición del mercado relevante efectuada por FNE para cada acuerdo requerido, Sanderson señala que ésta no considera el universo de productos que en la práctica pudieron haber participado en dichas licitaciones ya que no se condice con el tenor literal de la descripción del producto entregado en las bases de licitación respectiva, utilizando conceptos cuyo contenido no es claro.

2.4. En cuanto al derecho aplicable, señala que, atendido que las infracciones acusadas habrían tenido lugar en el año 2012, corresponde aplicar el texto del DL

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





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

211 vigente a esa época. Agrega que, si bien la FNE imputa a las requeridas la infracción al artículo 3° incisos primero y segundo letra a) del D.L. N° 211, en los hechos solo es aplicable la imputación al inciso segundo letra a) atendido que, durante la investigación que antecede el requerimiento se solicitaron y realizaron medidas reguladas en el artículo 39 n), las que solo tienen lugar en investigaciones destinadas a acreditar infracciones al inciso segundo letra a) del mencionado artículo. En este sentido, indica que deben probarse todos los elementos del tipo de la colusión, a saber: (i) la existencia de un acuerdo; (ii) que los sujetos activos del acuerdo son competidores entre sí; (iii) el objeto del acuerdo; (iv) la circunstancia de que el acuerdo tiene la aptitud para conferir poder de mercado a las requeridas; y (v) que el acuerdo impida, restrinja o entorpezca la libre competencia o tienda a producir dichos efectos. En relación con el primer elemento del tipo, Sanderson señala que lo acusado es un acuerdo y no una práctica concertada, por lo que debe probarse una manifestación de voluntad de los partícipes en orden a concretar el acuerdo acusado.

2.5. Sanderson destaca que la mera existencia de un acuerdo no es sancionable en sí mismo, como pretende la FNE en su requerimiento, sino que se deben acreditar todos los elementos del tipo colusivo, indicados en el punto anterior. De esta forma, señala que no existe la tentativa de colusión ya que el tipo, en la forma en la que está descrito, exige la producción de un resultado, a saber, que el acuerdo confiera poder de mercado a las partes.

2.6. En lo que respecta al potencial poder de mercado que puede haber conferido el acuerdo, Sanderson indica que el requerimiento es erróneo al atribuirle poder de mercado a las requeridas a través del alto porcentaje que ellas habrían concentrado en las adjudicaciones de suero de 100 ml en licitaciones convocadas por el sector público y por el hecho que ellas habrían sido las que normalmente se adjudicaron licitaciones de grandes volúmenes de suero. Fundamenta lo anterior en que la información de ventas por licitaciones refleja el resultado de la licitación y no el proceso competitivo que lleva a éste. Agrega que, atendida las particularidades de una licitación, es cuestionable que se pueda ejercer poder de mercado en ellas. Por último, indica que, a la fecha de las licitaciones existían otros actores relevantes en el mercado que eran capaces de desafiar a Sanderson y Baxter. Expone que, en consecuencia, aún en el escenario de que haya existido un acuerdo, éste no habría podido conferirles poder de mercado a las requeridas ya que siempre existía la posibilidad de que un tercero se adjudicara la licitación, tal como ocurrió en la Licitación Cenabast.

2.7. En cuanto a los hechos descritos en el requerimiento para probar la existencia de un acuerdo en la Licitación Hospital, Sanderson expone que la FNE se limita a

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





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

señalar que habría existido un acuerdo antes de presentar las ofertas en la licitación, el que habría sido infringido por parte de Baxter, quien, por equivocación se habría adjudicado la licitación. Para demostrar lo anterior, la FNE utilizó extractos de una conversación entre el Sr. Quiroga, gerente de Baxter, y la Sra. Nicole Valenzuela, supervisora de ventas de Baxter. En relación con dichas conversaciones Sanderson indica:

i. Que no resulta verídico que en dicha conversación se hayan estado refiriendo a Sanderson cuando, de acuerdo a la Fiscalía, se estaría dando cuenta de una solicitud de ayuda del Sr. Ojeda al Sr. Quiroga para mejorar las ventas de sueros de Sanderson. Lo anterior porque, durante el año 2012 en el que se habría producido dicha conversación, las ventas de Sanderson no estaban complicadas, sino que por el contrario, habían sido mejores que las del año anterior.

ii. Las conversaciones telefónicas extractadas en el requerimiento darían cuenta de que la Sra. Valenzuela, quien habría presentado la oferta por parte de Baxter, sí habría estado en conocimiento del supuesto acuerdo acusado en autos, por lo que no resultaría lógico que no hubiese consultado el monto del precio antes de ofertar.

iii. Sin perjuicio de lo indicado en los dos puntos anteriores, Sanderson expone que las conversaciones entre los ejecutivos de Baxter y Sanderson tendrían diversas justificaciones comerciales tales como la compra de Baxa (empresa filial de Fresenius Kabi, controladora de Sanderson) por parte de Baxter, roturas de stock de sueros o la compra de productos oncológicos por parte de una relacionada de Sanderson.

2.8. En cuanto a los hechos descritos en el requerimiento para probar la existencia de un acuerdo en la Licitación Cenabast, Sanderson señala que la FNE habría asumido la existencia de un acuerdo por el intercambio de una planilla entre Baxter y Socofar para presentar una oferta en esta licitación y por el hecho de que posteriormente Baxter decidió no ofertar. Al respecto, Sanderson señala que el supuesto acuerdo descrito por la FNE no tendría sentido y sería contradictoria con la afirmación contenida en el requerimiento de que los gerentes de los laboratorios eran quienes tomaban la decisión de participar en una licitación y del precio a ofertar. Lo anterior, atendido que un fragmento de la conversación indicada en el requerimiento daría cuenta que el Sr. Ojeda no pudo presentarse al precio que quería.

2.9. En relación con el objeto del acuerdo acusado en la Licitación Cenabast, Sanderson indica que el requerimiento señala que este podría ser el que Sanderson presentaría una oferta determinada y Baxter se abstendría de participar. Al respecto, afirma que ello parece ser una conclusión forzada extraída a partir de la información

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





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

disponible en la plataforma "mercado público" más que una conclusión de la conversación de la Sra. Valenzuela extractada en el requerimiento.

2.10. Sanderson agrega, en relación con la licitación Cenabast, que es razonable suponer que el Sr. Ojeda sabía que Sanderson no sería el adjudicatario de esta licitación, aún con la existencia de un acuerdo colusorio. Lo anterior, porque aún cuando Sanderson hubiese ofertado al costo de esta época, en razón de las deducciones de puntajes por retiros del Instituto de Salud Pública no habría podido ganar la licitación al laboratorio B. Braun.

2.11. Por último, Sanderson indica que, sin perjuicio de lo anterior, la multa solicitada por la Fiscalía es excesiva, atendido que ninguno de los dos acuerdos requeridos le habrían generado beneficios económicos y que no existe una colusión entre las requeridas ni circunstancias que agraven la conducta.

2.12. En subsidio de los argumentos expresados en los números anteriores, Sanderson opuso excepción de prescripción respecto del acuerdo requerido por la FNE en el marco de la Licitación Hospital, en relación con los hechos acontecidos antes del 14 de julio de 2012. Indica que la FNE señala en su requerimiento que el acuerdo habría tenido lugar *antes del cierre de la fase de presentación de ofertas*, lo que razonablemente debió ocurrir después de la publicación de las bases de licitación respectivas, esto es, el 11 de julio de 2012 y antes de que el Sr. Quiroga se fuera de vacaciones y del cierre de la fase de presentación de ofertas, lo que tuvo lugar el 31 de julio de 2012

**C. Contestación de Industrial y Comercial Baxter de Chile Ltda.**

3. A fojas 136, Baxter contestó el requerimiento solicitando su total y absoluto rechazo, con expresa condena en costas. En términos generales, Baxter niega y controvierte las imputaciones efectuadas por la Fiscalía en su requerimiento, argumentando además que el requerimiento adolecería de diversas fallas e imprecisiones.

3.1. Indica que Baxter es un laboratorio destinado a la comercialización, manufactura y distribución de productos para la salud, sus componentes y derivados. Expone que es titular de registros sanitarios de productos farmacéuticos, los que importa desde el extranjero. Respecto del producto cloruro de sodio, señala que Baxter lo comercializa como solución inyectable en bolsa colapsable en diversas concentraciones y formatos y que lo importa desde su planta en Colombia. Agrega que para los productos que consisten en soluciones intravenosas utilizan un envase con tecnología propia y patentada.

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





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

3.2. En relación con las imputaciones realizadas por la FNE, Baxter indica que son implausibles por cuanto carecerían de racionalidad económica y comercial para Baxter, quien, de acuerdo con la Fiscalía, habría celebrado dos acuerdos. En cada uno de ellos habría pactado que Sanderson, a quien califica como su principal competidor, se adjudicase licitaciones, yendo en contra de sus propios intereses. Agrega que acuerdos como los acusados son inviables de acuerdo a la teoría económica, ya que es imposible que concurren los elementos mínimos para que exista colusión, a saber, la detección y el castigo.

3.3. Señala que no concurrirían en la especie los requisitos necesarios para configurar las conductas acusadas. En relación con la existencia de los acuerdos acusados, indica que las conversaciones telefónicas extractadas por la Fiscalía en su requerimiento no constituyen evidencia de los mismos. En específico, señala que se refieren exclusivamente a conversaciones entre empleados de Baxter, las que tuvieron lugar una vez finalizados los procesos de licitación objeto de la acusación y cuyo contenido habría sido sacado fuera de contexto por la FNE. Adicionalmente, Baxter relata que los acuerdos acusados carecen de aptitud objetiva para producir efectos anticompetitivos, ya que, atendido los hechos expuestos en el requerimiento, no se habría incrementado un supuesto poder de mercado en los mercados relevantes definidos por cada una de las licitaciones ni tampoco se habrían generado rentas sobrenormales o alzas de precios. Agrega que tampoco habría existido voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo acusado.

3.4. En lo que respecta a la Licitación Hospital, Baxter señala que, según lo expuesto por la FNE, el acuerdo se habría materializado por los gerentes generales de cada uno de los laboratorios requeridos, previo al cierre de la fase de presentación de ofertas, sin que aporte evidencia al respecto. Agrega que la Fiscalía no explica el supuesto acuerdo, ya que podría haber consistido en que Baxter presentaría una oferta de cobertura en dicha licitación o bien no presentaría oferta alguna. Alega que esta falta de determinación de la conducta acusada estaría en contradicción con el principio de congruencia que rige en los procesos acusatorios.

3.5. Luego, indica que la participación de Baxter en la Licitación Hospital (lo que la FNE califica como una salida del acuerdo por parte de esa requerida) habría obedecido a hechos que desvirtuarían los hechos reproducidos en el requerimiento. En específico indica que:

i. A la fecha de presentación de las ofertas, el Sr. Quiroga, quien según la Fiscalía habría celebrado el acuerdo con Sanderson, no se encontraba de vacaciones, ya que





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

éstas finalizaron el 30 de julio de 2012 y la oferta fue presentada el 31 de julio de dicho año. Concluye de lo anterior que la persona a quien la Fiscalía calificó como quien tenía la decisión de concurrir a las licitaciones y de ejecutar el acuerdo con Sanderson, se encontraba en una posición de asegurar que éste sería cumplido; y

ii. Baxter se habría estado preparando por largo tiempo para poder ofertar en esta licitación de forma competitiva, lo que habría involucrado la negociación y cierre de un contrato con Socofar, el que fue suscrito por el mismo Sr. Quiroga. Indica que este contrato habría jugado un rol preponderante en la adjudicación de cinco de las 16 líneas de productos incluidos en la licitación (entre ellos, suero en concentración 0,9% en formato de 100 ml). Argumenta lo anterior en que Socofar era una empresa que contaba con una capacidad logística de la que Baxter carecía y que necesitaba para ser competitivo tanto en las licitaciones llamadas por el Hospital Guillermo Grant Benavente ("HGGB") como en las llamadas por Cenabast, por cuanto ambas exigían contar con una logística de distribución con la que Baxter no contaba.

3.6. En relación con la Licitación Cenabast, Baxter indica que, si bien a esa fecha contaban con el producto requerido, no participaron de dicha licitación por razones distintas a las expuestas por la FNE en su requerimiento. Señala que Baxter se encontraba imposibilitada de competir en dicha licitación, por cuanto: (i) no cumplía con el requisito de admisibilidad técnica de la oferta establecido en el capítulo V. 3.4. de las bases de licitación relativo al período de eficacia del producto ofertado, el que debía ser mayor o igual a doce meses contados desde la entrega de los productos; y (ii) no contaba con la información legal requerida de acuerdo a los criterios de admisibilidad técnica de la oferta establecidos en el capítulo V. 3.5. letra b) de las respectivas bases de licitación, en específico, el certificado GMP (*good manufacturing practice*) emitido por la autoridad colombiana, debidamente legalizado por las autoridades chilenas.

3.7. Agregan que el que no hayan participado en la Licitación Cenabast no constituía un hecho aislado, ya que desde el año 2009 al año 2014 Baxter no pudo participar de los procesos de licitación convocados por la Cenabast por no cumplir con el requisito de fechas de expiración de los productos licitados. Lo anterior, con la excepción de dos procesos de licitación de los años 2009 y 2014 donde sí participaron porque contaban con un producto específico importado desde Brasil que cumplía con dicha exigencia.

3.8. En adición a lo anterior, Baxter acusa a la Fiscalía de hacer una representación tendenciosa de los hechos a partir de conversaciones telefónicas entre ejecutivos de

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Baxter. Indica que la conversación entre el Sr. Quiroga y la Sra. Valenzuela, extractada en el requerimiento, tuvo lugar el 5 de octubre de 2012, catorce días después del cierre de la fase de presentación de ofertas de la Licitación Cenabast y más de dos meses después del cierre de la fase de presentación de ofertas de la Licitación Hospital. Agrega que, a diferencia de lo sugerido por la FNE en su requerimiento, la conversación fue entre ejecutivos de Baxter y no entre los gerentes generales de los laboratorios requeridos. Concluye entonces que los antecedentes en los que la FNE basa su acusación son presentados de forma distorsionada, imputándoles un sentido y causalidad que no tienen y que, en todo caso, habrían sido desvirtuados por la conducta efectiva de Baxter.

3.9. En lo que respecta a los mercados relevantes, Baxter indica que éstos serían cada una de las licitaciones requeridas a nivel nacional. Indica que, en este sentido, las participaciones de mercado deben ser calculadas para cada uno de los mercados relevantes, no siendo significativa entonces la participación histórica de las requeridas en las licitaciones públicas, como pretendería la Fiscalía. Agrega que se debe considerar en dicho análisis a todas las empresas que tenían el registro del Instituto de Salud Pública ("ISP") que les habría permitido participar en dichas licitaciones.

3.10. En cuanto al poder de mercado, Baxter expone que el requerimiento no indica de qué forma se configuraría el poder de mercado que habrían obtenido Baxter y Sanderson producto de los acuerdos acusados ni cómo dicho poder de mercado habría afectado la competencia en las licitaciones requeridas. Añade que el acuerdo acusado respecto de la Licitación Hospital no pudo conferir poder de mercado ya que éste no se habría cumplido por parte de Baxter. En cuanto a la Licitación Cenabast señala que el hecho de que B. Braun se haya adjudicado la licitación, demostraría de forma innegable que las requeridas carecían de poder de mercado.

3.11. En lo referente al derecho aplicable, Baxter indica que en la especie no concurrirían los requisitos legales ni jurisprudenciales para configurar las conductas acusadas por la FNE en su contra. En relación con el objeto o finalidad del acuerdo, Baxter señala que éste carecería de racionalidad económica y comercial para ellos. Expone que la tesis planteada en el requerimiento, donde se acusan dos supuestos acuerdos colusorios como hechos aislados e independientes entre sí, no tiene sustento teórico alguno, ya que técnicamente la colusión no ocurre en "juegos de un tiempo". De esta forma, la inhabilidad de los supuestos partícipes de los acuerdos acusados de compartir el botín, eliminaría todo incentivo para realizar y mantenerse en la conducta acusada.

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.12. En subsidio de las alegaciones y defensas antes descritas, Baxter indica que la multa solicitada sería excesiva atendido: (i) la inexistencia de beneficio económico para ella de los acuerdos acusados; (ii) la falta de gravedad de las conductas acusadas, ya que su extensión habría sido muy corta y no se habrían generado pérdidas a los consumidores; (iii) que Baxter tiene una irreprochable conducta anterior y que colaboraron en la investigación de la Fiscalía.

**D. Terceros Coadyuvantes de la FNE**

4. A fojas 212, se hace parte como tercero coadyuvante de la FNE el Ministerio de Salud ("Minsal"), indicando que ellos tienen un interés actual en el resultado del juicio, atendida la normativa orgánica que los regula. En específico, señala que es el Minsal quien legalmente debe proponer el presupuesto sectorial en salud para que, a través de licitaciones públicas, se materialice la provisión de medicamentos y otros insumos que se requieran para la prestación de servicios de salud. Agrega que las conductas que se denuncian, de ser acreditadas, les generan barreras de entrada y costos sociales a los consumidores que redundarán en una ejecución menos eficiente de las políticas públicas.

5. A fojas 220, se hace parte como tercero coadyuvante de la FNE la Cenabast, señalando que fue ella quien, en cumplimiento del mandato legal contenido en el DFL N° 1 de 2005 del Minsal, efectuó el llamado a licitación y la correspondiente adjudicación en una de las licitaciones respecto de los cuales se habrían configurado los ilícitos requeridos.

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

6. A fojas 206, el 26 de septiembre de 2017, se dictó la resolución que recibió la causa a prueba, la que quedó firme a fojas 274. En ella se fijaron como hechos substanciales, pertinentes y controvertidos, los siguientes: "1) *Hechos y circunstancias que acreditarían la existencia de un acuerdo entre Industrial y Comercial Baxter de Chile Ltda. ("Baxter") y Laboratorios Sanderson S.A. ("Sanderson") para afectar el resultado del proceso de licitación N° ID 4309-190-LP12 convocado por el Hospital Guillermo Grant Benavente de Concepción el 2012. Circunstancias y objeto de las comunicaciones efectuadas entre las requeridas.* 2) *Hechos y circunstancias que acreditarían la existencia de un acuerdo entre Baxter y Sanderson para afectar el resultado del proceso de licitación N° ID 621- 163-LP12 convocado por la Cenabast el 2012. Circunstancias y objeto de las comunicaciones efectuadas entre las requeridas.* 3) *Estructura, y condiciones de competencia en el o los mercados comprendidos en la*

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

demanda. 4) *Circunstancias que incidirían en la determinación de una eventual sanción.*"

**F. Antecedentes probatorios**

7. Las partes acompañaron la siguiente prueba documental:

7.1. La Fiscalía Nacional Económica acompañó, a fojas 256 del cuaderno principal, documentos electrónicos, correspondientes a planillas Excel y correos electrónicos, contenidos en los Números Únicos de Evidencia 1025364, 4319505, 2802549, 2802847, 1604309 y 814635. A fojas 296 del cuaderno principal, acompañó los documentos físicos y digitales que componen el expediente de investigación rol FNE N° 2022-12. A fojas 555 del cuaderno principal acompañó copia fiel de los Números Únicos de Evidencia 1922631, 1922641, 1922663 y 1922656. A fojas 1072 del cuaderno principal acompañó (i) copias de resoluciones exentas del Instituto de Salud Pública relacionadas a registros sanitarios de Baxter para el producto suero; (ii) resolución exenta que aprueba las bases administrativas de la Licitación Hospital; (iii) copia de documentos presentados por Socofar en la Licitación Hospital; (iv) copia de cuadro de evaluación de ofertas de la Licitación Hospital; (v) copia de la resolución exenta que resuelve la Licitación Hospital; (vi) copia de la resolución afecta que aprueba las bases administrativas para la Licitación Cenabast; (vii) copia de documentos presentados por Sanderson en la Licitación Cenabast; (viii) copia del anexo "ficha técnica" presentada por B. Braun en la Licitación Cenabast; (ix) copia de la resolución afecta que resuelve la Licitación Cenabast; (x) copia de resoluciones afectas que resuelven otras licitaciones de Cenabast convocadas para abastecerse del producto suero; (xi) copia del artículo "*Comparative evaluation of collapsible versus semirigid intravenous containers*" de la revista científica Technology and Health Care; (xii) copia del certificado GMP otorgado por la Agencia Nacional de Medicamentos del ISP relativo a Baxter; (xiii) copia del certificado N° 01061 de septiembre de 2012, otorgado por la Agencia Nacional de Medicamentos del ISP relativo a Baxter; (xiv) copia de documentos acompañados por Baxter en la licitación de Cenabast ID 621-407-LP11; (xv) copia de documentos relativos a las licitaciones de Cenabast ID 621-395-LP14 y ID 621-486-LP15; (xvi) copia de la demanda presentada por Sanderson ante el Tribunal de Contratación Pública en la cual impugna la adjudicación de la Licitación Cenabast; (xvii) copia de nota de prensa del portal de noticias online PMFarma de 18 de septiembre de 2012; (xviii) documento correspondiente a la impresión de pantalla del sitio web de Baxter Internacional con su catálogo de productos; y (xix) copia de nota de prensa del sitio Emol de 11 de octubre de 2012. A fojas 1985 del cuaderno principal, acompañó documentos electrónicos relacionados.



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL



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

con las interceptaciones de comunicaciones efectuadas en el transcurso de la investigación. A fojas 1988 del cuaderno principal, acompañó documentos electrónicos consistentes en correos electrónicos y documentos Excel contenidos en números únicos de evidencia, obtenidos en el transcurso de su investigación. A fojas 2558 del cuaderno principal, acompañó: (i) copia de antecedentes que formaron parte del anexo técnico de la oferta de Socofar S.A., en representación de Baxter, en la licitación ID 621-160-LP12; y (ii) copia de la resolución exenta N° 894 que resuelve la licitación ID 621-9-LP14.

7.2. Sanderson acompañó, a fojas 88 del cuaderno principal: (i) copia de la orden de compra N° 673684-161-SE12 emitida por el Instituto de Neurocirugía a B. Braun por el producto suero 0,9% 100 ml viaflex; (ii) copia de la orden de compra N° 1947-5374-SE12 emitida por el Hospital de Niños Roberto del Río a B. Braun por el producto suero 0,9% ml env. tipo viaflex; (iii) Excel "Precios venta directa 100 ml"; (iv) Excel "Polinomio Cenabast 100 ml 621-163-LP12 al costo"; (v) Excel "Polinomio Cenabast 100 ml 621-163-LP12 precio venta directa"; (vi) ficha del registro sanitario F-13448/13; (vii) ficha del registro sanitario F-14349/14; (viii) ficha del registro sanitario F-3659/15; y (ix) acta notarial de 7 de agosto de 2017 que acredita autenticidad de los registros sanitarios antes indicados. A fojas 1290 del cuaderno principal, acompañó muestras de sueros en envase flexible (*Freelex*) y en envase semirrígido (*Aspiroflex*). A fojas 2740 del cuaderno principal, acompañó: (i) copia impresa de presentación power point denominada "*Estándar soluciones 17.04.2013*" elaborada por Fresenius Kabi Chile; (ii) copia impresa de correos electrónicos internos de la compañía; (iii) resolución de toma de razón de 16 de febrero de 2011; (iv) tabla impresa de volumen y venta de Sanderson para años 2009-2013 para el producto sodio cloruro 0,9% en 100 ml; y (v) tabla impresa de volumen de venta y cantidad de cloruro de sodio a instituciones de salud pública para años 2009-2013.

7.3. Baxter acompañó a fojas 2091 del cuaderno principal: (i) muestras de sueros en envase Mini-Bag Plus y en envase Viaflex; (ii) copia de documentos emanados del HGGB y la Cenabast; (iii) documento electrónico consistente en un correo electrónico de 16 de mayo de 2018. A fojas 2491 del cuaderno principal, acompañó: (i) documentos electrónicos consistentes en correos electrónicos; (ii) copia de la cuenta pública de la Cenabast 2011 – 2012; (iii) nota de prensa relacionada a la adquisición de Baxa Corporation por parte de Baxter Internacional; (iii) contrato de distribución entre Baxa y Fresenius Kabi Chile Ltda.; (iv) descripción del cargo de gerente de operaciones de Baxter; (v) perfil general de Juan Carlos Duque; (vi) presentaciones de Baxter de diversos temas; (vii) copia de formularios de control de cambio a



**ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL**



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

producto/proceso; (viii) copia de procedimiento corporativo para la gestión de cambios; (ix) copia del tríptico Baxter "Mini-Plus Bag"; (x) anexo al contrato de trabajo de Nicole Valenzuela; (xi) memorando de Baxter de prácticas globales de negocios; (xii) copia del código de conducta de Baxter; (xiii) contrato de estabilidad jurídica celebrado con el gobierno de Colombia y presentación asociada a éste; (xiv) resolución exenta N° 3597-08-16 del Servicio de Salud Metropolitano; (xv) informe de desempeño y planificación de carrera de Christian Quiroga período 2012; (xvi) descripción del cargo de *managing director*; (xvii) informe de Cenabast presentado en los autos seguidos ante el Tribunal de Contratación Pública Rol N° 249-12; y (xviii) contrato de distribución entre Baxter y Socofar S.A. A fojas 2594 acompañó el anexo del contrato de trabajo de Christian Leonardo Quiroga.

8. Se realizaron las siguientes exhibiciones de documentos:

8.1. A solicitud de Baxter de fojas 88 del cuaderno principal, la Fiscalía exhibió bases de datos utilizadas para la confección de los cuadros contenidos en el requerimiento, en audiencia cuya acta rola a fojas 200 del cuaderno principal.

8.2. A solicitud de la Fiscalía de fojas 567 del cuaderno principal, Baxter exhibió Certificados de Análisis emitidos por el fabricante para cada uno de los lotes importados a Chile del producto Cloruro de Sodio solución inyectable 0,9%, en envases de 100 ml durante el año 2013, en audiencia cuya acta rola a fojas 1271 del cuaderno principal.

9. Prueba testimonial rendida por las partes:

9.1. La Fiscalía presentó como testigo a Solange Soledad Meza Bastidas (acta a fojas 1297 y transcripción a fojas 1315); Pedro Pablo Echeverría Bascuñán (acta a fojas 1299 y transcripción a fojas 1332); Fabiola Leticia Yáñez Durán (acta a fojas 1309 y transcripción a fojas 1376); y Olga Nicole Valenzuela García (actas a fojas 1839 y 1845 y transcripción a fojas 1848), todas del cuaderno principal.

9.2. La Cenabast presentó como testigo a Tania Isabel González Donoso (acta a fojas 1358 y transcripción a fojas 2099, ambas del cuaderno principal).

9.3. Baxter presentó como testigo a Benjamín Kalm Laub (acta a fojas 1527 y transcripción a fojas 1653); Mauricio Alberto Quirland Puentes (acta a fojas 1531 y transcripción a fojas 1691); Carlos Andrés Nova Ortiz (acta a fojas 1531 bis 1 y transcripción a fojas 1680); Rodrigo José Harrison Vergara (acta a fojas 1679 y transcripción a fojas 1737); y Mabel Ávalos Rojas (acta a fojas 1706 y transcripción a fojas 1754), todas del cuaderno principal.

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

9.4. Sanderson presentó como testigo a Odette Aida Piffaut Cruchet (acta a fojas 1404 y transcripción a fojas 1459); María Angélica Ponce López (acta a fojas 1451 y transcripción a fojas 1511); y Aníbal Fornazieri (acta a fojas 1457 y transcripción a fojas 1540), todas del cuaderno principal.

10. Absolución de posiciones: absolviéron posiciones en estos autos Pablo Venegas Díaz, en representación de Cenabast (acta a fojas 1263 y transcripción a fojas 1283); Jorge Paredes Etcheverry, en representación de Industrial y Comercial Baxter de Chile Ltda. (acta a fojas 1373 y transcripción a fojas 1419); y Xavier Mauri Roca, en representación de Laboratorio Sanderson S.A. (acta a fojas 1676 y transcripción a fojas 1718), todas del cuaderno principal.

11. Informes: a fojas 1652 del cuaderno principal, Baxter acompañó el informe "Viabilidad económica de la colusión entre Baxter y Sanderson en dos licitaciones públicas para la compra de cloruro de sodio 0,9%, 100 ml, colapsable", elaborado por Rodrigo Harrison Vergara. A fojas 2648, la FNE acompañó el informe en derecho "¿Tentativa de colusión y colusión frustrada?", elaborado por Radoslav Depolo". A fojas 2692, Sanderson acompañó el informe en derecho "La colusión para afectar el resultado de procesos de licitación (Bid Rigging) en el Decreto Ley N° 211 de 1873", elaborado por Jorge Grunberg.

12. Oficios: Se ofició al Instituto de Salud Pública a petición de la FNE de fojas 567, el cual fue remitido el 6 de abril de 2018 y rola a fojas 1482, del cuaderno principal.

13. Observaciones a la prueba presentadas: a fojas 2756 de Sanderson; a fojas 2892 de la FNE; y a fojas 3080 de Baxter, ambas del cuaderno principal.

14. A fojas 2122, el 9 de octubre de 2018, este Tribunal ordenó traer los autos en relación. La vista de la causa se efectuó en audiencia del 6 de marzo de 2019 según consta en el certificado que rola a fojas 3327, ambas del cuaderno principal.

**Y CONSIDERANDO:**

***La acusación de la FNE y defensas de las requeridas***

**Primero:** Que la FNE imputa a las requeridas haber celebrado acuerdos destinados a afectar los resultados de dos licitaciones públicas para la adquisición de cloruro de sodio 0,9% inyectable, en envases colapsables de 100 ml, conocido como "suero flexible" o "suero fisiológico de 100 ml". En particular, la acusación se refiere a dos licitaciones públicas, a saber:



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL



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

(i) Licitación ID 4309-190-LP12 convocada por el Hospital Guillermo Grant Benavente de Concepción ("Licitación Hospital") relativa a la adquisición de suero flexible, y

(ii) Licitación ID 621-163-LP12, convocada por la Central Nacional de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud ("Licitación Cenabast"), relativa a la adquisición de suero fisiológico de 100 ml;

**Segundo:** Que, de acuerdo con lo expuesto por la FNE, en ambas oportunidades, las requeridas, a través de sus gerentes generales de la época, Christian Quiroga por Baxter y Mariano Ojeda por Sanderson, habrían tomado contacto antes del cierre de la fase de presentación de ofertas de las licitaciones antes indicadas y habrían alcanzado un acuerdo para afectar el resultado de las licitaciones mencionadas. Como veremos, el objetivo de los acuerdos colusorios era permitir que Sanderson resultara adjudicataria en ambas licitaciones;

**Tercero:** Que, en lo relativo a la Licitación Hospital, el acuerdo habría tenido por objeto que Baxter presentara una oferta de cobertura o se abstuviera de presentar una oferta y, a su vez, que Sanderson se adjudicara la licitación. No obstante, la FNE señala que en dicha licitación el acuerdo antes descrito no fue ejecutado por el equipo de ventas de Baxter en la forma prevista por su gerente general, por lo que la licitación fue adjudicada a Socofar S.A. ("Socofar"), que presentó una oferta en representación de Baxter. El incumplimiento del acuerdo por parte de Baxter se explicaría, de acuerdo con lo expuesto en el requerimiento, por el hecho que el Sr. Quiroga, gerente general de Baxter, se habría encontrado de vacaciones;

**Cuarto:** Que, por su parte, en relación con la Licitación Cenabast, el acuerdo habría tenido como objeto que Sanderson se la adjudicara, suponiendo que Baxter se abstendría de participar. No obstante que las requeridas habrían fraguado un acuerdo, la Licitación Cenabast fue adjudicada a un tercero, B. Braun;

**Quinto:** Que, tal como se indicó en la parte expositiva, a fojas 212 y 220 del cuaderno principal el Minsal y Cenabast, respectivamente, se hicieron parte como terceros coadyuvantes de la FNE, aduciendo que tienen un interés actual en el resultado del juicio. El Minsal señala que las conductas que se denuncian, de ser acreditadas, les generan barreras de entrada y costos sociales a los consumidores que redundan en una ejecución menos eficiente de las políticas públicas de salud. Cenabast, por su parte, sostiene que fue ella quien, en cumplimiento del mandato legal contenido en el D.F.L. N° 1 de 2005 del Minsal, convocó a la licitación pública y efectuó

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la correspondiente adjudicación en una de las licitaciones respecto de los cuales se habrían configurado los ilícitos requeridos;

**Sexto:** Que las requeridas, por su parte, han señalado que la acusación formulada en su contra no sería efectiva, invocando las defensas y proporcionando las explicaciones alternativas expuestas en los puntos 2 y 3 de la parte expositiva de esta sentencia. A su vez, en subsidio de las defensas esgrimidas, Sanderson opuso excepción de prescripción respecto de los hechos ocurridos antes del 14 de julio de 2012 en relación con la Licitación Hospital;

**Séptimo:** Que, como se verá, la prueba en autos aporta suficientes elementos de juicio que permiten arribar a la convicción de que las requeridas incurrieron en conductas que infringen el artículo 3° inciso segundo, letra a), del D.L. N° 211;

**Octavo:** Que antes de examinar el fondo de la acusación a la luz de la prueba rendida en autos, es necesario desarrollar algunas consideraciones previas acerca de la configuración de las conductas imputadas, de conformidad con la legislación aplicable;

**Cuestiones previas acerca de la configuración de un acuerdo colusorio**

**Noveno:** Que, en su libelo acusatorio, la Fiscalía argumenta que las requeridas habrían infringido tanto el inciso primero del artículo 3° del D.L. N°211, como el inciso segundo letra a) de la misma disposición;

**Décimo:** Que, para conocer y juzgar las conductas imputadas, deben aplicarse las normas legales vigentes a la época en que se habrían desplegado las conductas acusadas, a saber, el texto de la Ley N° 20.361 de 2009, lo que no fue controvertido en autos. El inciso primero del artículo 3° vigente a esa época, disponía que es sancionado todo aquel que *"ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos"*. Por su parte, el inciso segundo, letra a) de la misma disposición, señalaba que se consideran como hechos, actos o convenciones contrarios a la libre competencia *"los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación"*;

**Undécimo:** Que Sanderson plantea que la imputación referida al artículo 3° inciso primero del D.L. N° 211 es incorrecta por cuanto se trata del *"tipo genérico"* y *no aplica*

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

*para la conducta concreta que se imputa, que es colusión"* (foja 106 del cuaderno principal);

**Duodécimo:** Que, tal como se ha resuelto en esta sede, la disposición contenida en la letra a) del referido artículo 3° del D.L. N° 211, no es más que una especificación de lo dispuesto en el inciso primero del mismo artículo (Sentencia N° 167/2019, c. 27°);

**Decimotercero:** Que la jurisprudencia en materia de libre competencia ha sido clara y consistente en señalar que cualquier infracción a las "letras" del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211 siempre es una infracción al enunciado general del inciso primero, pues las mismas no son más que ejemplos de las conductas mencionadas en este último (véase, por ejemplo, la Sentencia N° 141/2014, c. 39°). De aquí que no existan requerimientos distintos que probar en uno y otro caso cuando se trata de una conducta colusoria. Por consiguiente, se desestima la alegación planteada por Sanderson a este respecto;

**Decimocuarto:** Que, en relación con los elementos que deben concurrir para la configuración de un acuerdo colusorio, este Tribunal ha resuelto que supone "[l]a supresión de la voluntad individual de dos o más agentes competidores y su cambio por una voluntad colectiva unificadora de sus decisiones es, en sede de libre competencia, considerando un 'acuerdo', cualquiera sea el modo en que este se manifieste" (Sentencia N°145/2015, c. 5°). Ello es congruente con la jurisprudencia comparada que ha declarado que el concepto de acuerdo supone una confluencia de voluntades de parte de agentes económicos que compiten entre sí: "[g]ira en torno a la existencia de una concurrencia de voluntades entre por lo menos dos partes, cuya forma de manifestación carece de importancia siempre y cuando constituya la fiel expresión de la intención de dichas partes" (Tribunal de Justicia de Primera Instancia, sentencia del 26 de octubre del 2000, T-41/96, Bayer AG v. Comisión Europea, § 69);

**Decimoquinto:** Que, asimismo, la jurisprudencia ha indicado que la forma que adopten los acuerdos no es relevante en sede de competencia y que, por tanto, puede manifestarse de formas disímiles, aludiendo, por ejemplo a "[c]onvenciones, meras tratativas, promesas, protocolos de entendimiento, 'acuerdos o pactos de caballeros', pautas de conducta, circulares, entre otros'" (Sentencia N° 145/2015 c. 5°; en el mismo sentido: Excm. Corte Suprema, sentencia del 12 de octubre de 2016, Rol N° 5128-2016, c. 7° y sentencia del 7 de septiembre de 2012, Rol N° 2578-2012, c. 78°). En concordancia con lo anterior, la jurisprudencia comparada ha resuelto que un acuerdo entre empresas competidoras importa constatar una "*concordancia de voluntades entre agentes económicos sobre la búsqueda de un objetivo o la adopción de un comportamiento determinado en el mercado, independientemente de la forma en que*





REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

se expresa la voluntad de las partes de comportarse en el mercado conforme a los términos de dicho acuerdo" (Tribunal de Justicia de Primera Instancia, sentencia del 26 de octubre del 2000, T-41/96, Bayer AG v. Comisión Europea § 173);

**Decimosexto:** Que, en relación con las imputaciones específicas contenidas en el libelo acusatorio, Sanderson (fojas 114 y 2760 del cuaderno principal) y Baxter (foja 141 del cuaderno principal) aducen que si una de las requeridas no se comportó según lo convenido con la otra, como habría sido el caso de la Licitación Hospital, un eventual acuerdo colusorio no sería sancionable ya que carecería de aptitud para lesionar la libre competencia. Del mismo modo, posteriormente, Sanderson argumenta que la normativa exige comprobar la completa ejecución del acuerdo imputado (foja 2776 del cuaderno principal) y Baxter, por su parte, arguye que la voluntad común de participar en un acuerdo solo existe en la medida que se comprueba un acto idóneo destinado a la ejecución de dicho acuerdo (foja 3205 del cuaderno principal);

**Decimoséptimo:** Que, en relación con la Licitación Cenabast, las requeridas argumentan que un acuerdo tampoco sería reprochable porque dicha licitación habría fracasado toda vez que se adjudicó a un tercero. B. Braun y, en consecuencia, las requeridas no pudieron haber afectado la competencia (Baxter, foja 141 y, en el mismo sentido, Sanderson, foja 2760, ambas del cuaderno principal);

**Decimooctavo:** Que, a diferencia de lo esgrimido por las requeridas, la sola celebración de un acuerdo colusorio que tenga como objetivo afectar el resultado de una licitación es reprochable en esta sede y, por tanto, no requiere que se materialicen las acciones concretas de conformidad con dicho acuerdo o que se obtenga el resultado esperado por este. Así, como se demostrará a continuación, el hecho que la primera imputación formulada por el ente acusador se refiera a un acuerdo entre competidores que no se habría ejecutado y, que la segunda se refiera a un acuerdo que no logró sus resultados debido a factores exógenos a la voluntad de sus partes, no altera la ilicitud de la conducta;

**Decimonoveno:** Que, al efecto, la jurisprudencia ha sostenido que para sancionar una conducta colusiva no es necesario que haya producido efectos en el o los mercados afectados por dicha conducta. En concreto, en esta sede se ha establecido que, "(...) basta con que exista un acuerdo de precios (...) con la aptitud de afectar la libre competencia para que el mismo deba ser declarado ilícito, con independencia de los resultados que éste haya producido en el o los mercados afectados por la conducta colusiva" (véanse, por ejemplo, sentencias N° 133/2014 c. 103°, 136/2014 c. 57°, 137/2014 c. 19° y 145/2015 c. 50°);

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





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

**Vigésimo:** Que, en el mismo sentido, la Excm. Corte Suprema ha expresado que *"no se requiere entonces para imponer la sanción que el acto en cuestión haya producido sus efectos, sino que basta que éste tienda a producir efectos que afecten la libre competencia (...)"* (Excm. Corte Suprema, sentencia del 7 de septiembre de 2012, Rol N° 2578-2012, c. 85° N° 6). Posteriormente, ha ratificado lo anterior sosteniendo que: *"(...) para que la conducta colusiva se verifique no es necesario que desencadene un resultado gravoso respecto del sujeto pasivo de la actividad desplegada, de manera que por el solo hecho de existir la concertación y que ésta busque modificar la conducta de un agente del mercado con el fin de obtener por parte de quienes deciden coludirse un beneficio de índole patrimonial, se debe concluir que la misma configura un atentado a los principios básicos (...) del Decreto Ley N° 211 (...)"* (Excm. Corte Suprema, sentencia del 7 de enero de 2016, Rol N° 5609-2015, c. 14°);

**Vigésimo primero:** Que, más aun, la Excm. Corte Suprema ha señalado que la configuración de un acuerdo *"solamente exige que se manifieste voluntad de los partícipes en orden a concretarlo"* (Excm. Corte Suprema, sentencia del 12 de octubre de 2016, Rol N° 5128-2016, c. 7°). Por último, la Excm. Corte Suprema ha sostenido que los acuerdos son sancionables *"aun en grado de tentativa"* (Excm. Corte Suprema, sentencia del 12 de octubre de 2016, Rol N° 5128-2016, c. 30°, letras c y e). Dicha expresión, aunque utiliza un lenguaje propio de la dogmática penal, en términos infraccionales, da cuenta inequívocamente que la existencia de un acuerdo no requiere como uno de sus presupuestos la circunstancia de que se desplieguen las acciones materiales derivadas del mismo;

**Vigésimo segundo:** Que, a mayor abundamiento, en lo relativo a la Licitación Hospital, el hecho que una de las requeridas no se haya comportado según lo convenido originalmente con la otra en virtud de un acuerdo no la exime de reproche en esta sede. Así lo ha resuelto la Excm. Corte Suprema a propósito de un acuerdo que no se ejecutó por desconfianza mutua de sus participantes: *"[L]a sola circunstancia de haberse adoptado el pacto anticompetitivo, permite sancionarlo, con independencia que, por razones de desconfianza mutua, los partícipes se hayan alejado de lo acordado"* (Excm. Corte Suprema, sentencia del 12 de octubre de 2016, Rol N° 5128-2016, c. 30°, letra e);

**Vigésimo tercero:** Que, siguiendo la misma línea argumentativa, la doctrina comparada es conteste con el criterio antes indicado en cuanto señala que el hecho de que una empresa se desvíe de un acuerdo colusorio no es óbice para sancionarlo: *"No constituye una defensa que una empresa fue obligada a alcanzar un acuerdo que*

**ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL**





REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la empresa se desvió o nunca tuvo intenciones de implementar o adherir a los términos del acuerdo" (Jones, A. y Sufrin, B. EU Competition Law, Oxford University Press, 2014, pp. 141 y 142, traducción libre). En el mismo sentido, se sostiene que existe un acuerdo colusorio incluso si no se implementa (Whish R. EU Competition Law, Oxford University Press, 2018, p. 104). Finalmente, en consistencia con la proposición anterior, en el informe en derecho que rola a fojas 2596, acompañado por la FNE, se señala que *"producida que sea una convergencia de voluntades con el objeto de manipular una licitación, el ilícito se encuentra ya perfeccionado (...)"* (foja 2630 del cuaderno principal);

**Vigésimo cuarto:** Que, en este caso particular, lo antes expuesto da cuenta que basta que un acuerdo colusorio busque afectar el resultado de las licitaciones Hospital y Cenabast, no siendo necesario entonces que se acredite que produjo los efectos perniciosos para la competencia que su celebración originalmente buscó;

**Vigésimo quinto:** Que, finalmente, Baxter esgrime que el objeto o finalidad de los acuerdos imputados carece de racionalidad económica y comercial para esta. En síntesis, en su contestación señala que *"el Requerimiento no provee explicación alguna sobre cuáles habrían sido los beneficios pretendidos por nuestra representada al celebrar los supuestos acuerdos"* (foja 176 del cuaderno principal), indicando luego que *"es imposible avizorar de qué manera Baxter y la otra requerida pudieron haber determinado un mecanismo para distribuir los excedentes ilegítimos que los supuestos esquemas de colusión les otorgarían"* (foja 177 del cuaderno principal);

**Vigésimo sexto:** Que, en sustento del planteamiento anterior relativo a la irracionalidad económica de la imputación formulada por la Fiscalía, a fojas 1585, Baxter acompañó un informe económico, que, entre otros argumentos, concluye que *al "no existir suficientes antecedentes que muestren con certeza un esquema de acuerdo estable (i.e., con sanciones y monitoreo recíproco y oportuno entre los miembros del acuerdo colusivo), en escenarios competitivos de tan corto plazo como los procesos de la Licitación HGGB y Licitación Cenabast, es posible descartar con análisis económico, la existencia de colusión entre Baxter y Sanderson para tales procesos de licitación"* (foja 1646 del cuaderno principal);

**Vigésimo séptimo:** Que, al respecto, la FNE señala que para sancionar basta con probar la existencia de un acuerdo con aptitud de dañar la libre competencia y que lo argumentado por Baxter no puede ser un eximente de responsabilidad, sin perjuicio de que pueda y deba considerarse, a lo sumo, al momento de determinar la multa. Añade que el informe económico presentado por Baxter tiene importantes deficiencias, ya que no considera la prueba directa acompañada por la FNE, ni lo señalado por el

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





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

Tribunal respecto a que dicho tipo de prueba no puede ser descartada por prueba indirecta (Sentencias N° 139/2014 y N° 165/2018), y porque asume que el resto de las licitaciones donde participaron la requeridas fueron competitivas (foja 3023 del cuaderno principal);

**Vigésimo octavo:** Que, tal como se ha resuelto por este Tribunal, en los casos en que se acredita la existencia de un acuerdo colusorio, no es un presupuesto indispensable para que este Tribunal pueda sancionarlo que existan mecanismos de monitoreo y castigos o sanciones entre sus miembros, respecto de aquellos que se desvían del acuerdo (Sentencia N°145/2015, c. 11°). Refrenda la Excma. Corte Suprema lo anterior cuando sostiene que *"Si bien, esta es una conducta [monitoreo entre los miembros del cartel] generalmente presente en casos en que se adoptan acuerdos colusorios, que denota la existencia de aquel, lo cierto es que su inexistencia no es óbice para establecer el acuerdo anticompetitivo. (...)"* (Excma. Corte Suprema, sentencia del 12 de octubre de 2016, Rol N° 5128-2016, letra f);

**Vigésimo noveno:** Que, asimismo, tal como se ha señalado en los considerandos precedentes, los beneficios obtenidos con ocasión de un acuerdo colusorio y los mecanismos para distribuir los excedentes no son presupuestos para configurar la conducta anti-competitiva imputada y declarar su ilegalidad, sino que es uno de los factores que este Tribunal puede considerar al momento de calcular la cuantía de la multa aplicable;

**Trigésimo:** Que, como se puede apreciar, los argumentos expuestos por Baxter relativos a la falta de racionalidad económica de los acuerdos imputados no impiden establecer la existencia de un acuerdo colusorio sancionable en esta sede y, como se verá, no son suficientes para desvirtuar la prueba que obra en el proceso;

**Trigésimo primero:** Que, esclarecidas las cuestiones conceptuales antes expuestas relacionadas con los elementos que deben concurrir para establecer la existencia de un acuerdo colusorio, así como su adecuada interpretación, corresponde ahora examinar la industria del producto afectado por las licitaciones requeridas, esto es, el suero flexible;

***Industria del producto que fue objeto de las licitaciones requeridas***

**Trigésimo segundo:** Que como se señaló, la FNE acusa a las requeridas de haber afectado dos procesos de licitación, destinadas a abastecer al HGGB y a Cenabast del producto cloruro de sodio en concentración de 0,9% de volumen de 100 ml contenido en envase flexible y colapsable, respectivamente;



**ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL**



REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

**Trigésimo tercero:** Que, en particular, el producto afectado por los acuerdos imputados es un tipo específico de suero fisiológico, el cual, de conformidad con los antecedentes del proceso se caracteriza por: (i) su principio activo o compuesto que se mezcla con la solución acuosa (cloruro de sodio); (ii) la concentración de este en la solución (0,9%); (iii) su volumen (100 ml); y (iv) el tipo de envase que lo contiene (flexible o colapsable). En este sentido, cuando una institución solicita abastecimiento de sueros a través de una licitación pública, debe detallar cada una de dichas características, porque la conjunción de estas redundaría en productos distintos;

**Trigésimo cuarto:** Que, respecto a las características mencionadas, las partes están contestes en que un cambio en alguna de las tres primeras da lugar a productos distintos. Sin embargo, existe controversia respecto a si pueden considerarse sustitutos entre sí los sueros que tengan igual principio activo, concentración y volumen, pero estén contenidos en distintos envases;

**Trigésimo quinto:** Que, en específico, los envases varían en razón del tipo de plástico que utilizan (Polietileno, PVC y no PVC) y por su flexibilidad. Así, se identifican principalmente los envases rígidos, semirrígidos y flexibles. Según explica la FNE "[l]os envases semirrígidos normalmente son elaborados a base de polietileno de baja densidad, mientras que los envases denominados flexibles son, en general, de cloruro de polivinilo o PVC399." (fojas 3037 y 3038 del cuaderno principal). En el mismo sentido, la testigo Odette Pifaut, señaló que "[e]ste que está acá es un ringer lactato en un envase de polietileno de baja densidad, que es un envase que nosotros llamamos semirrígido, porque este envase cuando se abre y se le pone la bajada del suero no es capaz de eliminar el 100% del volumen de con, de líquido que contiene. Entonces, por eso llamamos semirrígido o emm... envase, es como el más barato, digamos, de los envases. Y esta es una bolsa de polipropileno que sí tiene la facultad de que es flexible y que es capaz de eliminar el 100% del líquido, de la solución. Esa es la diferencia fundamental." (fojas 1468 y 1469 del cuaderno principal), aclarando enseguida que la bolsa de polipropileno califica como envase colapsable;

**Trigésimo sexto:** Que, en particular, los envases colapsables permiten inyectar el medicamento y suministrarlo al paciente sin que la mezcla tenga contacto con el exterior, en contraposición a los envases semirrígidos, que deben ser abiertos para conectarlos a la vía intravenosa. Además, atendido su menor grado de colapsabilidad, los contenedores semirrígidos generalmente son perforados para verter todo su contenido, lo que aumenta el riesgo de contaminación intrahospitalaria. De esta manera, los envases semirrígidos se asocian con un sistema abierto y los envases flexibles, con uno cerrado. Lo anterior fue corroborado por quienes absolvió





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

posiciones en representación de las requeridas, Sres. Jorge Paredes y Xavier Mauri (foja 1423, líneas 1 a 10 y 21 a 25, y foja 1721, líneas 20 a 23, ambas del cuaderno principal);

**Trigésimo séptimo:** Que, es así como Sanderson, al momento de indicar los principales oferentes del producto objeto de las bases de la Licitación Hospital y Cenabast, distingue entre los productos de Baxter, Sanderson (filial de Fresenius Kabi) y B. Braun, según el tipo de envase (foja 96 del cuaderno principal), como muestra el cuadro a continuación;

**Cuadro N° 1**  
**Tipo de envases disponibles en Chile al año 2012**

<b>Fabricante / Importador</b>	<b>Tipo de envase</b>	<b>Marca comercial</b>
B. Braun	Semirrígido	Ecoflac
Baxter	Bolsa	Viaflex
Fresenius Kabi / Sanderson	Bolsa sin PVC	Freeflex
	Semirrígido	Apíroflex

Fuente: Contestación Sanderson, foja 96 del cuaderno principal.

**Trigésimo octavo:** Que, en cuanto a la categorización de los envases disponibles a la fecha de las licitaciones que son objeto del requerimiento, no existe controversia acerca de los productos comercializados por Baxter y Sanderson, Viaflex y Freeflex, respectivamente. Estos envases son considerados flexibles o colapsables, mientras que Apíroflex (comercializado por Sanderson) es considerado semirrígido. Respecto al envase Ecoflac de B. Braun, Baxter indica que *"no corresponde a los envases tipo bolsa como los de Baxter y FK / Sanderson, sino que en apariencia es similar a los contenedores plásticos rígidos, pero que mantendría la capacidad de colapsarse hasta cierto grado"* (foja 3118 del cuaderno principal). La FNE concuerda con que el envase fabricado por B. Braun puede calificarse como un envase semirrígido porque no es capaz de verter todo su volumen al no colapsarse completamente. No obstante, afirma que, a diferencia de otros sueros semirrígidos, el envase Ecoflac tiene ciertas características que permiten considerarlo, asimismo, un sistema cerrado;

**Trigésimo noveno:** Que, al margen de la discusión técnica suscitada por las partes, lo relevante para el análisis competitivo de autos es dilucidar si el envase Ecoflac puede ser considerado un sustituto de los envases flexibles que son comercializados por las requeridas. Para estos efectos, es necesario determinar si las bases de licitación elaboradas por el HGGB y Cenabast admitían el envase Ecoflac

**ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL**





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

como flexible o colapsable. A este respecto, la FNE señala que *"es común observar que en una convocatoria estos organismos demanden sueros fisiológicos en diferentes formatos y presentaciones atendido sus diferentes usos, lo cual demuestra la especificidad de uso de cada uno de esos productos. De ser sustitutos los diferentes formatos o presentaciones, lo racional sería que se demandara solo un tipo de suero fisiológico, a saber, el de menor costo para la institución que lo requiere"* (foja 3049 del cuaderno principal);

**Cuadragésimo:** Que Sanderson, por su parte, indica en sus observaciones a la prueba que *"son las licitaciones públicas las que determinan en sus respectivas bases los productos a ser ofertados, sus características y requisitos"* (foja 2827 del cuaderno principal), pero que *"los antecedentes históricos de las licitaciones de las instituciones de salud pública muestran que en la realidad no existe claridad en las características objetivas que deba cumplir el envase, lo que abre la posibilidad a más productos sustitutos que los establecidos por la FNE, siempre que se trate de un tipo de envase no rígido"* (foja 2814 del cuaderno principal). Finalmente, sostiene que esto es reconocido tácitamente por la FNE al incluir envases semirrígidos en su análisis de participaciones de mercado. De esta manera, argumenta que, a pesar de que algunas bases de licitación exigen a los proponentes el abastecimiento de envases flexibles o colapsables, en la práctica, los licitantes aceptan envases que no cumplen, en rigor, con la definición prevista, en la medida que difieran de los envases rígidos;

**Cuadragésimo primero:** Que así, los antecedentes allegados al proceso muestran que, en las licitaciones cuyas bases indican en sus especificaciones técnicas que se exigían envases colapsables o flexibles, se consideraba que el envase Ecoflac daba cumplimiento a dicha exigencia. En efecto, del examen de la base de datos "Base Minibag Final", exhibida por la FNE a fojas 200 del cuaderno principal, es posible corroborar lo planteado por Sanderson, en el sentido que dicha base de datos da cuenta que en muchos procesos licitatorios donde se solicitaba envase flexible o colapsable, según la glosa respectiva, se admitían e incluso se adjudicaban envases como Ecoflac. Ejemplo de esto fue lo acontecido en las licitaciones convocadas con anterioridad a aquellas requeridas por la FNE, como se puede observar en los dos cuadros que se insertan a continuación;

**ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL**





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

**Cuadro N° 2  
Licitaciones Cenabast**

Fecha cierre	Envase solicitado	Participantes	Envase ofrecido	Admisibilidad administrativa	Admisibilidad técnica
11-08-2009	tipo viaflex (colapsable) resistente con sello que asegure inviolabilidad del contenido	Baxter	viaflex	Aceptada	Rechazada
		B. Braun	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		Sanderson	apiroflex	Aceptada	Aceptada
02-12-2010	tipo viaflex (colapsable) resistente con sello que asegure inviolabilidad del contenido	B. Braun	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		Sanderson	bolsas colapsables	Aceptada	Aceptada
21-10-2011	tipo viaflex (colapsable) resistente con sello que asegure inviolabilidad del contenido	B. Braun	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		Sanderson	bolsas colapsable	Aceptada	Aceptada
10-02-2012	tipo viaflex (colapsable) resistente con sello que asegure inviolabilidad del contenido	B. Braun	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		Fresenius	bolsas colapsable	Aceptada	Aceptada
		Sanderson	bolsas colapsables	Aceptada	Aceptada
21-09-2012	tipo viaflex (colapsable) resistente con sello que asegure inviolabilidad del contenido	B. Braun	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		Labonort	matraz aapiroflex	Rechazada	-
		Sanderson	bolsas colapsables	Aceptada	Aceptada

Fuente: Elaboración propia en base a "Base Minibag Final", exhibida a fojas 200 del cuaderno principal.

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

**Cuadro N° 3**  
**Licitaciones HGGB**

Fecha cierre	Envase solicitado	Participantes	Envase ofrecido	Admisibilidad administrativa	Admisibilidad técnica
13-08-2009	Suero fisiológico 0,9% de 100 ml, envase flexible. 218-500	Baxter	viaflex	Aceptada	Aceptada
		B. Braun	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		Sanderson	apiroflex	Aceptada	Aceptada
22-04-2010	Suero fisiológico 0,9% de 100 ml, envase flexible. 218-500	Baxter	viaflex	Rechazada	Rechazada
		B. Braun	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		Sanderson	apiroflex	Aceptada	Aceptada
09-07-2010	Suero fisiológico 0,9% de 100 ml, envase flexible. 218-500	Baxter	viaflex	Aceptada	Aceptada
		B. Braun	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		Labonort	ecoflac	Rechazada	Rechazada
		Sanderson	apiroflex	Aceptada	Aceptada
07-02-2011	Suero fisiológico 0,9% de 100 ml, envase flexible. 218-500	Baxter	viaflex	Aceptada	Aceptada
		B. Braun	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		B. Braun	ecoflac mix	Aceptada	Aceptada
		Diprolab	viaflex	Rechazada	Rechazada
		Labonort	ecoflac	Rechazada	Rechazada
		Sanderson	bolsa pvc	Aceptada	Aceptada
31-07-2012	Suero fisiológico 0,9% de 100 ml, envase flexible. 218-500	Avimedi	no especifica	Rechazada	Rechazada
		B. Braun	ecoflac mix	Aceptada	Aceptada
		B. Braun	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		Leguer	viaflex	Rechazada	Rechazada
		Sanderson	bolsa pvc	Aceptada	Aceptada
		Socofar	viaflex	Aceptada	Aceptada

Fuente: Elaboración propia en base a "Base Minibag Final", exhibida a fojas 200 del cuaderno principal.

**Cuadragésimo segundo:** Que si bien es cierto lo que señala la FNE en relación con que Cenabast "cambió su criterio los años siguientes, declarando inadmisibles las ofertas de Braun con su producto Ecoflac" (foja 3046 del cuaderno principal), lo relevante es que, hasta la fecha de las licitaciones requeridas, dicho producto fue consistentemente admitido como un envase flexible en las licitaciones convocadas tanto por Cenabast como por HGGB;

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





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

**Cuadragésimo tercero:** Que, por consiguiente, más allá que los atributos y las propiedades técnicas del envase que comercializa B. Braun pueden ser discutibles, es razonable concluir que el Ecoflac constituía, en ocasiones, un producto sustituto para la institución de salud que lo demanda, para efectos de las licitaciones objeto del requerimiento de autos. Por lo anterior, B. Braun podría ser considerado como un competidor potencial;

**Cuadragésimo cuarto:** Que, habida cuenta de los considerandos anteriores, a continuación, se analizará la prueba relativa a las dos acusaciones formuladas por la FNE, determinando si se acreditó la existencia de los acuerdos colusorios imputados y si concurrieron los demás elementos del ilícito imputado. Como se verá, en el proceso se acredita la existencia de los acuerdos colusorios acusados y se establece que los acuerdos les otorgaron poder de mercado a las requeridas;

**Cuadragésimo quinto:** Que, para efectos de examinar la veracidad de los enunciados de hecho planteados por la FNE, así como de las hipótesis alternativas entregadas por las requeridas, se realizará un proceso de apreciación individual de los medios probatorios a fin de determinar, conforme con las reglas de la sana crítica, los hechos que concluyentemente se habrían probado. Enseguida, se efectuará un análisis conjunto de todos ellos, esto es un examen holístico de la prueba; ello, en coherencia con lo resuelto en oportunidades anteriores (V.gr. Sentencia N°167/2019, c. 70° y N° 171/2019, c. 9° de este Tribunal y la sentencia del 23 de julio de 2013, Rol N° 8243-2012, c. 15°, de la Excm. Corte Suprema). A su vez, atendido que el requerimiento acusa la existencia de dos acuerdos colusorios independientes, se analizará en primer lugar los hechos y la evidencia aportada respecto de la Licitación Hospital para luego analizar los hechos y la evidencia aportada respecto de la Licitación Cenabast;

***Análisis de la prueba: antecedentes relativos a la Licitación Hospital***

**Prueba acerca de la existencia de un acuerdo colusorio**

**Cuadragésimo sexto:** Que, conforme a los antecedentes que obran en el proceso, la licitación que comprende la que hemos denominado "Licitación Hospital" consideraba el abastecimiento de suero fisiológico al 0,9% en envase flexible (foja 6 del cuaderno principal) para el período 2012 y 2013;

**Cuadragésimo séptimo:** Que, tal como se expuso, la FNE acusa a las requeridas de haber celebrado un acuerdo para afectar el resultado de la Licitación Hospital. En particular, señala que Sanderson y Baxter, a través de sus gerentes generales, habrían acordado que esta licitación sería adjudicada a Sanderson, mediante la presentación

**ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL**





REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de una oferta de cobertura de Baxter o su abstención. El libelo acusatorio expone que, sin embargo, Baxter no habría implementado el acuerdo, señalando al efecto que "*(...) en el marco de esta licitación, existió un acuerdo alcanzado antes del cierre de la fase de la presentación de las ofertas, el que no fue ejecutado por el equipo de ventas de Baxter de la forma prevista por los gerentes generales de las Requeridas (...)*" (foja 6 del cuaderno principal);

**Cuadragésimo octavo:** Que la FNE aduce que atendido que el Sr. Quiroga estaba fuera de Chile, haciendo uso de su feriado legal, desconocía que el equipo de ventas de Baxter estaba preparando una oferta para postular a la Licitación Hospital. Ello implicó que Socofar, en representación de Baxter, se adjudicó dicha licitación, sin contar con la supervisión ni autorización del gerente general de ésta última;

**Cuadragésimo noveno:** Que las requeridas niegan la existencia de un acuerdo colusorio relacionado a la Licitación Hospital, argumentando que los contactos entre los gerentes generales que se materializaron durante dicha Licitación, obedecen a hipótesis alternativas a la colusión, a saber: (i) la relación comercial existente entre ambos laboratorios; (ii) la compra de Baxa; y (iii) la afiliación de ambas empresas a Asilfa;

**Quincuagésimo:** Que el análisis de la evidencia respecto de esta licitación se estructurará de la siguiente manera: primero, se examinará si la prueba permite dar por acreditada la existencia del acuerdo colusorio imputado por la FNE y, luego, se determinará si permite inferir que dicho acuerdo les confirió poder de mercado a las requeridas y, por tanto, tenía al menos el potencial de afectar la libre competencia;

**Quincuagésimo primero:** Que, respecto de la existencia de un acuerdo colusorio, como se verá, la evidencia allegada al proceso demuestra la existencia de un acuerdo celebrado entre los gerentes generales de las requeridas con el objeto de afectar el resultado de la Licitación Hospital y permite desvirtuar las explicaciones alternativas por ellas proporcionada;

**Quincuagésimo segundo:** Que la prueba que permite formar la convicción de este Tribunal acerca de la existencia de un acuerdo colusorio entre las requeridas para hacer fracasar la Licitación Hospital, y que fue aportada por la requirente, consiste en: (i) dos interceptaciones telefónicas obtenidas por la Fiscalía y allegadas al expediente. En particular, se trata de conversaciones sostenidas en octubre de 2012 entre Christian Quiroga –gerente general de Baxter- y Nicole Valenzuela – a esa época supervisora de ventas de dicha compañía; (ii) un registro de comunicaciones entre los gerentes generales de las requeridas durante el período de preparación de ofertas a

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





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

presentar en la Licitación Hospital; y (iii) la prueba documental incautada, como archivos Excel y correos electrónicos;

**Quincuagésimo tercero:** Que para efectos de facilitar la comprensión de la prueba que se examina a continuación, resulta conveniente exponer los hitos relevantes del proceso de la Licitación Hospital, en orden cronológico, a saber:

- a) 11.07.2012: se publican las bases de Licitación Hospital en el sitio web Mercado Público, contenidas en la Resolución N°003875 del Servicio de Salud de Concepción de 29 de junio de 2012, que rolan a fojas 781 del cuaderno principal.
- b) 30.07.2012: Sanderson presenta su oferta.
- c) 31.07.2012: Socofar (en representación de Baxter) presenta oferta.
- d) 31.07.2012: expira plazo para presentar ofertas, a las 16:00 horas.
- e) 11.09.2012: se publica la Resolución Exenta N°5451 del HGGB que adjudica Licitación Hospital a Socofar por el monto de \$60.864.600 (foja 809 del cuaderno principal).

**Quincuagésimo cuarto:** Que según consta del documento que rola a fojas 806 del cuaderno principal, esto es, la tabla comparativa de las ofertas presentadas en la Licitación Hospital, Sanderson postuló a \$290, obteniendo un puntaje de 88 puntos, mientras que B. Braun postuló a \$335, obteniendo un puntaje de 69. En tanto, Socofar, en representación de Baxter, postuló a \$281, obteniendo un puntaje de 90 puntos y adjudicándose, por ende, la Licitación Hospital, cuestión que no fue controvertida en autos;

**Quincuagésimo quinto:** Que la interceptación N° 00578 051012 1526, cuya transcripción consta a fojas 1186 del cuaderno principal, (Interceptación N°578), da cuenta de una conversación entre Christian Quiroga y Nicole Valenzuela. Esta llamada tuvo lugar el 5 de octubre de 2012, esto es, alrededor de tres semanas después de la adjudicación de la Licitación Hospital. En las consideraciones siguientes se examinará de qué forma los dichos del Sr. Quiroga revelan la existencia de un acuerdo entre las requeridas y su desconocimiento respecto de la oferta que formuló el equipo de ventas de Baxter en la Licitación Hospital y que se tradujo, en los hechos, en un desvío del acuerdo celebrado entre los gerentes generales de las requeridas;

**Quincuagésimo sexto:** Que, en esta comunicación, Christian Quiroga relató a Nicole Valenzuela que se reunió ese mismo día con Mariano Ojeda, el gerente general de Sanderson, a quien se refiere indistintamente en la llamada como "amigo" "el de la

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





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

vereda del frente", "Mariano" o "Marianito". El extracto relevante de la interceptación N° 578, para estos efectos, es el siguiente:

**Extracto 1**

*Christian Quiroga: Excelente, claro, bien buenísimo. Ahora un favor adicional. Hoy me junté con el amigo ahí, de la vereda del frente.*

*Nicole Valenzuela: Ya.*

*Christian Quiroga: Y, dame un seg... Con Mariano. Espera... [ininteligible 02:52] que estoy con lo del Flex en el chat con María".*

**Quincuagésimo séptimo:** Que, en el diálogo antes reproducido, Christian Quiroga emplea la expresión "Marianito". A fojas 3157 del cuaderno principal, Baxter admite que la frase "ahí estuve un poco con Marianito hoy" alude a un contacto entre los gerentes generales, con motivo de su participación en reuniones de Asilfa. Lo anterior es efectivo de conformidad con el acta del Comité Institucional de Asilfa que tuvo lugar el 11 de octubre de 2012 (documento "1. Cont. docs. adjuntos ASILFA\_Censurado.pdf", contenido en el disco compacto que rola a fojas 1 del cuaderno de versiones públicas de la FNE, ruta dentro del soporte: "Terceros\Tomo XIII", página 143). Por consiguiente, la referencia a Mariano en el contexto de esta conversación se refiere unívocamente a Mariano Ojeda;

**Quincuagésimo octavo:** Que en otro extracto de la interceptación N°578, que se reproduce a continuación, Christian Quiroga expone el contenido de las conversaciones que sostuvo con Mariano Ojeda en el marco de las licitaciones públicas relativas a sueros fisiológicos. Se agregan algunos énfasis de modo de identificar aquellos pasajes más relevantes para analizar la existencia de un acuerdo colusorio:

**Extracto 2**

*Christian Quiroga: Ahora, ayudáme con algo. Ahí estuve un poco con Marianito hoy, y el tema de oncología, bueno, él no lo tiene en el radar y me lo iba a averiguar. El tema del resto que hablamos de "IV minibag" sigue igual como lo tenemos ahora... Él obviamente está muy complicado para el año que viene con todos estos resultados que estamos teniendo **y encima que le soplamos el Guillermo Grant**. Entonces, me está pidiendo que lo ayude con algo... ¿sí? Entonces, ahí para ser un poco objetivo lo que yo necesito que vos me ayudes y me des visibilidad es lo siguiente: me tenés que ayudar a ver licitación del año pasado ¿sí?, de CENABAST, cuánto teníamos nosotros, es decir, en ¿cómo se llama? cuánto teníamos nosotros y cuánto tenían ellos, qué se adjudicaron ellos y que nos adjudicamos nosotros. Pero, por otro lado, me tenés que ayudar a ver de la del año pasado, qué se adjudicó B. Braun en rígido y qué se adjudicaron ellos.*

**ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL**





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

*Porque, para el año que viene el 100% del rígido es de ellos, porque B. Braun no fue con el Ecoflac a rígido, ¿Me seguís?*

*Nicole Valenzuela: Sí.*

*Christian Quiroga: Entonces para entender primero ese escenario. Y lo otro, después de ahí en base a que veamos eso, también me tenés que ayudar a ver qué tenemos por delante de, de hospitales para ver qué... si es que se puede hacer algo para darle una mano o no.*

*Nicole Valenzuela: No [risas].*

*Christian Quiroga: No, el tema es que, la verdad entre vos y yo Nico, **con lo del Guillermo Grant que ustedes armaron, porque yo no estaba ni enterado, ahí yo me salí de acuerdo es decir...** [risas], **claro ahí me salí de acuerdo yo...** entonces claro... él venía por Banmédica ¿sabés como salió, no? Eyectado..." (Énfasis agregado).*

**Extracto 3**

*"(...) Nicole Valenzuela y Christian Quiroga: [risas]*

*Christian Quiroga: Pero tomé un compromiso que, para que cuando nos veamos el jueves que viene...*

*Nicole Valenzuela: ¿Cómo? ¿cómo? ¿cómo? ¿cómo eyectado? de...*

*Christian Quiroga: Claro, no, me dice, "no bueno, cierra Banmédica", que **quería que le entregara algo de Banmédica y le digo "estás en pedo, ni loco ni dormido" le digo, "y aparte", le digo, "voy con una oferta hiper paquete agresiva a Banmédica pa quedarme con todo"** [risas]. Claro, entonces no, olvidáte. Pero ahora entonces lo que tenemos que ver es primero lo de CENABAST ahí para que justamente para ver si yo puedo netear unidades y después tenemos que ver qué hay, que ojalá haya algo que no sean los grandes, **para ver si puedo entregarle algo para ID o si no este muchacho va estar sin nada de bolsa durante todo el año, lo cual nos puede llegar a perjudicar el tema de precios o algo y la verdad que, de vuelta, el Grant fue un tema nuestro, que ahí se me escapó a mí en realidad porque no tuve tanta visibilidad.***

*Nicole Valenzuela: No pero también hay un tema de llanto... un poquitito, porque... te voy a sacar un análisis... no es tan así....*

*Christian Quiroga: Si ecole por eso te digo. (...)"(Énfasis agregado).*

**Quincuagésimo noveno:** Que en la conversación cuyo extracto se expuso, Quiroga emplaza a Valenzuela señalando que "*con lo del Guillermo Grant que ustedes armaron, porque yo no estaba ni enterado (...)*". La referencia a *ustedes* alude al equipo de ventas de Baxter, circunstancia que no fue controvertida. En ese entendido y del contexto de la conversación que se analiza es posible inferir que el Sr. Quiroga





REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

estuvo ajeno a la decisión de Baxter de participar en la Licitación Hospital. Esta inferencia se ve reforzada cuando este ejecutivo señala que *"ahí se me escapó a mí en realidad porque no tuve tanta visibilidad"*;

**Sexagésimo:** Que, enseguida, el Sr. Quiroga expresa en dos oportunidades que *"ahí yo me salí de acuerdo"*. A continuación, señala *"él venía por Banmédica ¿sabés como salió, no? Eyectado"*, refiriéndose a Mariano Ojeda. Este mensaje y su contexto constituye evidencia respecto de la existencia de la colusión, toda vez que no existe una razón que explique que el gerente general de una empresa aluda a un acuerdo del que se habría salido, con motivo de una licitación pública, máxime si se refiere a lo que conversó con su homónimo de la empresa competidora;

**Sexagésimo primero:** Que, de los interlocutores de la conversación telefónica interceptada que se examina en los considerandos anteriores, solo compareció como testigo en estrados la Sra. Valenzuela. Respecto de esta licitación, ella señaló *"yo no tengo conocimiento, ni me consta de [sic] ningún acuerdo"* (foja 1861 del cuaderno principal) afirmando también que el Sr. Quiroga no le comentó la existencia de ningún acuerdo con Mariano Ojeda en relación con la Licitación Hospital y que tampoco lo habría hecho una vez que ésta fue adjudicada (foja 1880 del cuaderno principal). A su vez señala que, a diferencia de las licitaciones anteriores convocadas por HGGB, a esta licitación específica sí podían ofertar ya que tenían una relación con la empresa Socofar, quien actuaba como empresa distribuidora (foja 1861 del cuaderno principal). Asimismo, señala que las menciones al Sr. Ojeda por parte del Sr. Quiroga en la conversación del 5 de octubre se referían a la relación comercial o B2B entre ellos (fojas 1884 y siguientes del cuaderno principal) y que no entendía a qué se refería el Sr. Quiroga con las expresiones *"ahí yo me salí de acuerdo, ahí se me escapó porque no tuve tanta visibilidad y con eso del Guillermo Grant que ustedes armaron"*;

**Sexagésimo segundo:** Que la FNE alega en sus observaciones a la prueba que la testigo Nicole Valenzuela carece de verosimilitud ya que tiene un interés directo, laboral y personal, en los resultados de este juicio. El interés laboral lo justifica en el hecho de que esta testigo lleva trabajando en Baxter desde el año 2007 ascendiendo en la escala jerárquica de la compañía. En relación con el interés personal, la Fiscalía señala que esta ejecutiva *estaba en pleno conocimiento de los acuerdos acusados* (foja 2929 del cuaderno principal) por lo que reconocerlos en estrados le traería consecuencias personales. Justifica además la falta de verosimilitud en el hecho que su declaración testimonial sería completamente disímil con sus declaraciones prestadas ante la FNE en el transcurso de la investigación. Por último, señala que la

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





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

falta de verosimilitud también se extrae de las inconsistencias en las que habría incurrido en su declaración testimonial;

**Sexagésimo tercero:** Que la doctrina ha identificado al menos cuatro circunstancias cuya evaluación permitiría examinar la verosimilitud de un testigo, y por ende la de su declaración prestada en estrados, a saber: (i) la coherencia del relato; (ii) la contextualización del relato, en el sentido de que el sujeto debe ser capaz de recordar el contexto en el que se dieron los hechos de los cuales está declarando; (iii) la existencia de otras pruebas que corroboren el contenido de sus declaraciones; y (iv) la existencia de comentarios oportunistas destinados a darle mayor fuerza retórica a su relato (Jordi Nieva, "Derecho Procesal II. Proceso Civil", Marcial Pons 2015, p. 241);

**Sexagésimo cuarto:** Que, en relación con lo anterior, es posible advertir que el relato prestado por la Sra. Valenzuela en estrados respecto de la conversación sostenida entre ella y el Sr. Quiroga el 5 de octubre de 2012 no es coherente, ni su relato está adecuadamente contextualizado. Lo anterior ya que, en una primera instancia se muestra muy segura que las referencias al Sr. Ojeda se referían a la relación B2B que existía entre las requeridas a esa época (por ejemplo, a fojas 1884). Sin embargo, después indica que quienes llevaban la relación B2B eran ella y su jefe -Sr. Sarmiento- por parte de Baxter y la Sra. Meza por parte de Sanderson (foja 1886 del cuaderno principal) y que el Sr. Quiroga algunas veces pedía que se le mejoraran los precios a Sanderson en relación a los oncológicos (foja 1887 del cuaderno principal);

**Sexagésimo quinto:** Que, tal como se establece en el considerando centésimo octavo siguiente, no existe evidencia aportada al proceso que permita concluir que a la fecha de esta interceptación el Sr. Quiroga habría efectuado algún requerimiento al equipo de Baxter respecto de la relación B2B. Es más, los antecedentes permiten establecer que los gerentes generales de las requeridas no participaban de estas negociaciones;

**Sexagésimo sexto:** Que, asimismo, un examen acucioso de las conversaciones contenidas en los extractos precedentes no permite, en ningún caso, enmarcar las conversaciones sostenidas entre la Sra. Valenzuela y el Sr. Quiroga en las relaciones comerciales B2B. Ciertamente, dicha expresión no figura en los diálogos transcritos ni puede desprenderse de los dichos de los interlocutores;

**Sexagésimo séptimo:** Que, finalmente, existen discrepancias entre las declaraciones emitidas por la Sra. Valenzuela ante este Tribunal y las entregadas previamente ante la FNE (Declaración de Olga Nicole Valenzuela Ortiz ante la FNE,

**ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL**





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

de fecha 29 de junio de 2017, cuya transcripción está ubicada en el disco compacto que rola a fojas 1098 del cuaderno principal, ubicación dentro del soporte: carpeta "T.XX", archivo "29. Declaración Nicole Valenzuela.pdf"). En efecto, llama la atención que, cuando se le exhibieron los extractos de las comunicaciones antes reproducidas en el marco de su declaración ante la FNE, la Sra. Valenzuela señaló que no recordaba a qué se referían sus dichos o los del Sr. Quiroga en estas conversaciones. Sin embargo, cuando declaró como testigo ante el Tribunal pareció recordar el contenido y sentido de dichas comunicaciones, atribuyendo sus dichos a una explicación alternativa al acuerdo acusado en autos, a saber, el B2B, que es desvirtuada como explicación plausible, tal como se indicó en el considerando anterior. Esta inconsistencia no hace sino reforzar la inverosimilitud de su declaración testimonial;

**Sexagésimo octavo:** Que, por lo anterior, las declaraciones de la Sra. Valenzuela respecto del contenido de la conversación analizada en los considerandos quincuagésimo quinto a sexagésimo no serán consideradas para efectos de evaluarla y valorarla;

**Sexagésimo noveno:** Que, establecido lo anterior, a continuación se analizará si el equipo comercial de Baxter definió los términos de su postulación en la Licitación Hospital, sin intervención de Christian Quiroga, apartándose por tanto de lo acordado entre los gerentes generales de ese entonces;

**Septuagésimo:** Que la FNE argumenta que el Sr. Quiroga no se involucró en el proceso de la Licitación Hospital y, por consiguiente, desconocía el actuar de su equipo comercial de cara a dicha licitación, porque se habría encontrado de vacaciones fuera de Chile (foja 6 del cuaderno principal). Baxter refuta esta hipótesis señalando que su gerente general se encontraba *en sus funciones en Baxter en la fecha en que se realizó la oferta en cuestión* (foja 150 del cuaderno principal), acompañando ambas partes prueba instrumental en sustento de sus afirmaciones. Con todo, atendido que se aportó evidencia en cuanto a la existencia de un acuerdo entre las requeridas para afectar el resultado de la Licitación Hospital, que se analiza en este acápite, así como evidencia que acredita que el Sr. Quiroga no participó ni conoció la oferta presentada por Baxter, a través de Socofar, en dicha Licitación, resulta irrelevante dilucidar si se encontraba o no haciendo uso de su feriado legal en ese momento;

**Septuagésimo primero:** Que, la evidencia aportada al proceso es robusta en cuanto a que efectivamente el Sr. Quiroga no se involucró directamente en la participación de su empresa en la Licitación Hospital, a través de Socofar. En efecto, a continuación, se muestra que dicho ejecutivo no fue destinatario directo ni indirecto de ninguna de





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

las comunicaciones de su equipo de ventas relativas a la planificación de la oferta en dicha licitación;

**Septuagésimo segundo:** Que, en primer término, el correo electrónico del 12 de julio de 2012 enviado por Luis Higuera, ejecutivo de Baxter, a otros ejecutivos de dicha empresa -entre ellos Nicole Valenzuela-, da cuenta que el HGGB había convocado a la licitación a través del sitio web Mercado Público (documento "18. Licitación hospital GGB ID 4309-190-LP12" contenido en el disco compacto que rola a fojas 753, del cuaderno principal, ruta dentro del soporte: "1. NUE 1025364\ a. NUE 1922615");

**Septuagésimo tercero:** Que, en segundo lugar, el correo electrónico "54. RE\_ Licitación hospital GGB ID 4309-190-LP12" (contenido en el disco compacto que rola a fojas 753, del cuaderno principal, ruta dentro del soporte: "1. NUE 1025364\ a. NUE 1922615"), indica que el 26 de julio de 2012 la ejecutiva Nicole Valenzuela solicitó a Carlos Nova, supervisor de licitaciones y precios de Baxter, con copia a otros ejecutivos, la preparación de un "*archivo con antecedentes de precios de competencia, precios Cenabast etc*", con el propósito de "*revisar esta licitación anual con Francisco*". Según da cuenta la cita de Outlook "9. revision licitacion Hospital G.Grantt" y aceptaciones "20. Accepted\_ revision licitacion Hospital G.Grantt" y "48. Aceptada\_ revision licitacion Hospital G.Grantt", efectivamente los ejecutivos Nicole Valenzuela, Carlos Nova y Francisco Sarmiento se reunieron el 27 de julio de 2012 para preparar esta oferta (documentos que se encuentran en disco compacto que rola a fojas 753, del cuaderno principal, ruta dentro del soporte "1. NUE 1025364\ a. NUE 1922615");

**Septuagésimo cuarto:** Que, luego, el mismo día de la reunión antes indicada (27 de julio de 2012), el Sr. Nova elaboró un archivo Excel que consolidaba todas las propuestas de oferta relativas a sueros a presentar en el marco de la Licitación Hospital, incluido el suero fisiológico de 100 ml flexible, según da cuenta la prueba "22. Evaluación G.Grant 07-12" (contenido en el disco compacto que rola a fojas 1 del Cuaderno de Documentos de Alzamiento de confidencialidad de la FNE y Baxter), cuyo extracto relevante se inserta a continuación. Como se puede apreciar, dicho archivo contemplaba un precio de oferta de \$281 para el Cloruro de Sodio 0,9% del 100 ml en envase flexible (celda N23 Hoja "4309- 190-LP12"). Además, se incluyó en el análisis un "precio competencia" de \$281 para Sanderson (celda L23 Hoja "4309-190-LP12"), ofertado por dicha empresa en la licitación anterior del HGGB para este producto;

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Extracto planilla Excel "22. Evaluación G.Grant 07-12"

Licitación N°		4309-190-1P32					
Nombre		Licita Convencios de Socofar					
RUT		81.603.189-3					
Razon Social		HOSPITAL GUILLERMO GRANT BENAVENTE DE CO					
Fecha Publicación		11 07-2012 13:26					
Fecha Cierre		11 07-2012 18:00					
		67901810					
						Precio Competencia	
N°	Cantidad	Descripción	Código Baxter	Descripción Baxter	LABORATORIO SANDERSON SA	Precio Oferta	Total a Ofertar
11	36.240	Suero fisiológico 0,9% de 1000 ml., envase flexible, 218-310	ARB1324	CLORURO DE SODIO AL 0,9% (1000		410	14.133.600
12	3.018	Suero glucosado 10% de 250 ml., envase flexible, 218-207	ARB0262	S.DEXTROSA 10% 250ml VIALFLEX		349	703.584
13	5.880	Suero glucosado 5% de 1000 ml., envase flexible, 218-535	ARB0064	DEXTROSA AL 5% USP ( 1000 ML)		444	2.610.720
14	18.000	Suero fisiológico 0,9% de 250 ml., envase flexible, 218-309	ARB1322	CLORURO DE SODIO AL 0,9% ( 250		336	6.048.000
15	6.000	Suero glucosado 5% de 250 ml., envase flexible, 218-305	ARB0062	DEXTROSA AL 5% USP ( 250 ml.)		260	2.064.000
16	3.024	Suero glucosado de 500 ml., envase flexible, 218-303	HRB1023	S.GLUCOSALINO ISOT. 500ml VFX		375	1.239.840
17	1.440	Suero glucosado 10% de 500 ml., envase flexible, 218-302	ARB0163	DEXTROSA AL 10% USP (500 ML)		268	522.400
18	45.600	Suero glucosado 5% de 500 ml. 218-200	ARB0063	DEXTROSA AL 5% USP ( 500 ML)		235	15.139.200
19	120.000	Suero glucosado 5% 500ml. 218-200	HRB1023	S.GLUCOSALINO ISOT. 500ml VFX		238	49.700.000
20	3.600	Suero glucosado 5% de 500 ml., envase flexible, 218-301	ARB0063	DEXTROSA AL 5% USP ( 500 ML)		300	1.080.000
21	1.200	Suero glucosado 30% de 500 ml. 218-230	ARB1063	S.GLUCOSALINO HIPER. 500ml VFX		444	408.000
22	5.040	Suero glucosado 10% de 500 ml. 218-229	ARB0163	DEXTROSA AL 10% USP (500 ML)		268	1.537.920
23	18.000	Suero fisiológico 0,9% de 100 ml., envase flexible, 218-308	ARB1323	CLORURO DE SODIO AL 0,9% (100)		211	3.798.000
24	78.000	Agua bidestilada de 500 ml. 218-501	2F7113	BOTELLA AGUA ESTERIL 500ml		248	42.900.000
25	3.360	Suero glucosado 1000 ml., envase flexible, 218-308	HRB1024	S.GLUCOSALINO ISOT. 1000ml VFX		432	1.948.800
26	9.600	Suero glucosado 5% de 1000 ml. 218-305	ARB0064	DEXTROSA AL 5% USP ( 1000 ML)		383	4.262.400
27	554.889						204.767.544

**Septuagésimo quinto:** Que, siguiendo con este análisis, unos días después, el 30 de julio de 2012, Nicole Valenzuela revisó la planilla preparada por Carlos Nova, la que no modificó, según dan cuenta las propiedades del documento que se encuentran en el disco compacto que rola a fojas 439 del cuaderno principal;

**Septuagésimo sexto:** Que, en consecuencia, apreciados los correos electrónicos y demás documentos citados en los considerando precedentes de conformidad con las reglas de la sana crítica, es posible concluir que el equipo de ventas de Baxter decidió presentar una oferta en esta licitación, situación de la que el Sr. Quiroga no se enteró sino hasta después de la fase de cierre de la Licitación Hospital. En efecto, como se adelantó, Christian Quiroga no figura como destinatario directo o indirecto (cc) en ninguno de los correos electrónicos o comunicaciones que involucran al equipo de ventas de Baxter, ya sean internos o dirigidos a Socofar, relativos a la elaboración de una oferta a presentar en la Licitación Hospital;

**Septuagésimo séptimo:** Que, por su parte, Baxter no aportó evidencia alguna que permita inferir que el Sr. Quiroga conocía la preparación de la oferta de dicha empresa. Así, se demuestra que el equipo de ventas de Baxter, liderado por Nicole Valenzuela, sin la intervención de Christian Quiroga, definieron en forma autónoma tanto el hecho de participar en esta licitación como el precio de oferta que presentaría Socofar. Ello es consistente con el diálogo que contiene la interceptación, copiado en el extracto 2 expuesto en el considerando quincuagésimo octavo, en aquella parte en la que el Sr. Quiroga afirma que "el tema es que, la verdad entre vos y yo Nico, con lo del Guillermo Grant que ustedes armaron, porque yo no estaba ni enterado, ahí yo me salí de acuerdo es decir... [risas], claro ahí me salí de acuerdo yo (...)". Particularmente





REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

relevante resultan ser las expresiones "*que ustedes armaron*" y "*porque yo no estaba ni enterado*", las que demuestran que el Sr. Quiroga estuvo ajeno a la preparación y formulación de estas ofertas. De la lectura de ese pasaje se desprende entonces que el hecho de que el equipo de ventas de Baxter formuló una oferta en la Licitación Hospital, implicó para Christian Quiroga "salirse" o desviarse de un acuerdo;

**Septuagésimo octavo:** Que, por otra parte, Baxter arguye que no tendría sentido que dicho laboratorio alcanzara un acuerdo con su competidor para afectar la Licitación Hospital, toda vez que los precios a ofertar en las licitaciones eran objeto de "*una negociación bilateral en igualdad de condiciones de Socofar*" (foja 3162 del cuaderno principal), lo que a su juicio se contrapone a una imposición de ofertas por parte de esta requerida para lograr el cumplimiento de un acuerdo anticompetitivo;

**Septuagésimo noveno:** Que el argumento entregado por Baxter no es plausible, toda vez que existe suficiente evidencia en el proceso de que al menos en la Licitación Hospital, quien definió los precios ofertados fue Baxter y no Socofar. Así se desprende del correo electrónico "55. Precios licitaciones Hospital Guillermo Grant" y el documento "56. LICITACIONES HOSPITAL GG", ambos contenidos en el disco compacto que rola a fojas 1 del Cuaderno de Documentos de Alzamiento de confidencialidad de la FNE y Baxter. Dichos documentos dan cuenta que el 30 de julio de 2012, el equipo de ventas de Baxter se comunicó por primera vez con Socofar con motivo de la Licitación Hospital. En concreto, Nicole Valenzuela remitió un correo a Eduardo Salvatierra y Benjamín Kalm, ambos de Socofar, con una planilla Excel donde indicaban los "*precios a ofertar a en las licitaciones de sueros de Hospital Guillermo Grant*". El documento Excel adjunto a este correo, de acuerdo a sus propiedades, fue creado por Nicole Valenzuela e indica un precio a ofertar de \$281 para el suero fisiológico 100 ml envase flexible (celda N15);

**Octogésimo:** Que a mayor abundamiento y a nivel contextual, porque no forma parte del ámbito de la acusación, llama la atención que en la interceptación antes reproducida, Christian Quiroga indique que Mariano Ojeda "*quería que le entregara algo de Banmédica*" y, luego, señale que "*tenemos que ver qué hay, que ojalá haya algo que no sean los grandes, para ver si puedo entregarle algo para ID o si no este muchacho va estar sin nada de bolsa durante todo el año, (...)*". Cabe destacar que Baxter objetó la voz ID en otro pasaje de la transcripción de la misma interceptación (foja 1280 del cuaderno principal), objeción a la que se allanó la FNE (foja 1470 del cuaderno principal). Con todo, Baxter no objetó la voz ID en esta frase donde se menciona Banmédica ni tampoco refutó que ella corresponde a una nomenclatura que alude a un indicador de licitaciones publicadas en el sitio web de Mercado Público;

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

**Octogésimo primero:** Que la conversación constituye una prueba de que el Sr. Ojeda y el Sr. Quiroga compartían, al menos en esa época, información relativa a las licitaciones en que ambas empresas participaban, neutralizando así la incertidumbre estratégica relativa a estos procesos competitivos. Tal como ha resuelto este Tribunal, no existe un impedimento legal para que se admita y valore este tipo de evidencia en el proceso (Sentencia N° 167/2018, c. 69°). Ello, en definitiva y no obstante que no puede reprocharse en este proceso en cuanto no es parte del libelo acusatorio, permite inferir lógicamente que los gerentes generales no tomaban decisiones en forma autónoma en lo referido a licitaciones públicas que involucran sueros. Ello, en lo sustantivo, es consistente con la tesis del caso de la FNE en orden a que los gerentes generales de las requeridas celebraron acuerdos colusorios para afectar el resultado de licitaciones públicas;

**Octogésimo segundo:** Que, ahora, en relación con la preparación de la oferta por parte de Sanderson para participar en la Licitación Hospital, dicha requerida cuestiona la capacidad que habría tenido su gerente general en esa época, Mariano Ojeda, para asumir y ejecutar un acuerdo que involucra los precios a presentar en un proceso de tal naturaleza. En concreto, afirma en su contestación que *“[d]e entre todas las suposiciones que efectúa la FNE, llama en particular la atención aquella que asume que los gerentes de Sanderson y Baxter son capaces por si solos de asumir un acuerdo de las características que señala la FNE”* (fojas 92 y 93 del cuaderno principal). Añade que *“[p]ara que las supuestas comunicaciones entre los ejecutivos puedan servir de antecedente de un supuesto acuerdo, la FNE deberá probar que eran ellos quienes en los hechos podían ejecutar los supuestos acuerdos”* (foja 93 del cuaderno principal);

**Octogésimo tercero:** Que, entonces, es necesario dilucidar si el Sr. Ojeda tenía la posibilidad de incidir en los precios que presentó Sanderson en su postulación en la Licitación Hospital y en qué medida podía influir en la toma de este tipo de decisiones. Al respecto, el archivo en formato *excel* denominado “150. Formulario de Precios SUEROS VOLUVEN HGGB 4309-189-190-LP12”, contenido en el disco compacto que rola a fojas 2075 del cuaderno principal, indica que Sanderson determinó en \$290 su precio de oferta para postular en la Licitación Hospital. Un extracto de dicho documento se inserta a continuación (énfasis agregado);

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





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

**Extracto de planilla "150. Formulario de Precios SUEROS VOLUVEN HGGB  
4309-189-190-LP12"**

DETALLE LICITACION ANTERIOR:												
CODIGO	PRODUCTO	CANTIDAD	UM	ULTIMA ADJUDICACION		PRINCIPAL COMPETIDOR		CONVENIO MARCO	PRECIO DE LISTA	PRECIO HGS BASE	PRECIO OFERTA	
				PROVEEDOR	PRECIO	PROVEEDOR	PRECIO					
47	BCLO23 SODIO CLORURO 0.9% 1000 ML CAJA X 14 BOLSAS	36.240	BOLSA	BAXTER	\$ 890	\$ 14.133.800	SANDERSON	\$ 394	\$ -	\$ 462	\$ 383	\$ 390
48	WCLO27 GLUCOSA 10% 250 ML CAJA X 20 MATRAZ AP	2.016	BOLSA	SANDERSON	\$ 270	\$ 544.820	BAXTER	\$ 306	N/A	\$ 285	N/A	\$ 275
49	BCLO28 GLUCOSA 5% 1000 ML CAJA X 14 BOLSAS PVC A	5.880	BOLSA	SANDERSON	\$ 444	\$ 2.610.720	BAXTER	\$ 510	\$ -	\$ 495	\$ 413	\$ 450
50	PCLO21 SODIO CLORURO 0.9% 250 ML CAJA X 50 BOLSAS	18.000	BOLSA	SANDERSON	\$ 310	\$ 5.580.000	BAXTER	\$ 340	\$ -	\$ 326	\$ 288	\$ 315
51	BCLO29 GLUCOSA 5% 250 ML CAJA X 50 BOLSAS PVC AB	6.000	BOLSA	BAXTER	\$ 344	\$ 2.064.000	SANDERSON	\$ 348	\$ -	\$ 363	\$ -	\$ 344
52	BCLO33 GLUCOSALINO ISOTONICO 500 ML CAJA X 20 MATRAZ AP	1.024	BOLSA	SANDERSON	\$ 375	\$ 1.134.000	BAXTER	\$ 425	\$ -	\$ 448	\$ 384	\$ 385
53	BCLO30 GLUCOSA 10% 500 ML CAJA X 20 BOLSAS PVC A	1.680	BOLSA	SANDERSON	\$ 268	\$ 450.240	BAXTER	\$ 340	\$ -	\$ 336	\$ 289	\$ 289
54	WCLO20 GLUCOSA 5% 500 ML CAJA X 20 MATRAZ APIS	45.600	MATRAZ	SANDERSON	\$ 235	\$ 10.716.000	BRALIN	\$ 250	\$ -	\$ 250	\$ 218	\$ 120
55	WCLO09 GLUCOSALINO ISOTONICO 500 ML CAJA X 20 MATRAZ AP	120.000	MATRAZ	SANDERSON	\$ 258	\$ 28.560.000	BRALIN	\$ 255	\$ -	\$ 280	\$ 240	\$ 195
56	BCLO27 GLUCOSA 5% 500 ML CAJA X 10 BOLSAS PVC AB	3.600	BOLSA	BAXTER	\$ 332	\$ 1.195.200	SANDERSON	\$ 332	\$ -	\$ 405	\$ 374	\$ 365
57	WCLO29 GLUCOSA 10% 500 ML CAJA X 20 MATRAZ AP	1.320	MATRAZ	SANDERSON	\$ 414	\$ 552.800	BRALIN	\$ 463	\$ -	\$ 440	\$ 434	\$ 455
58	WCLO11 GLUCOSA 10% 500 ML CAJA X 20 MATRAZ AP	5.040	MATRAZ	SANDERSON	\$ 268	\$ 1.350.720	BRALIN	\$ 250	\$ -	\$ 265	\$ 216	\$ 268
59	BCLO20 SODIO CLORURO 0.9% 100 ML CAJA X 95 BOLSAS	116.600	BOLSA	SANDERSON	\$ 285	\$ 60.284.600	BAXTER	\$ 330	\$ -	\$ 341	\$ -	\$ 280
60	WCLO07 AGUA DESTILADA 500 ML CAJA X 20 MATRAZ AP	78.000	MATRAZ	SANDERSON	\$ 246	\$ 19.188.000	BRALIN	\$ 260	\$ -	\$ 250	\$ -	\$ 255
61	BCLO36 GLUCOSALINO ISOTONICO 1000 ML CAJA X 14 BOLSAS	3.396	BOLSA	SANDERSON	\$ 492	\$ 1.673.120	BAXTER	\$ 558	\$ -	\$ 556	\$ 489	\$ 495
62	WCLO17 GLUCOSA 5% 1000 ML CAJA X 10 MATRAZ AP	9.600	MATRAZ	SANDERSON	\$ 385	\$ 3.696.000	BRALIN	\$ 410	\$ -	\$ 410	\$ 404	\$ 405

**Octogésimo cuarto:** Que, según se puede apreciar en el archivo Excel antes singularizado, en la información relativa a las propiedades del documento, fue precisamente Mariano Ojeda la última persona en modificarlo el 24 de julio del 2012, esto es, una semana antes del cierre de la Licitación Hospital y cinco días después del contacto telefónico que materializó con el Sr. Quiroga;

**Propiedades Excel "150. Formulario de Precios SUEROS VOLUVEN HGGB  
4309-189-190-LP12"**

Fechas relacionadas	
Última modificación	24-07-2012 12:30
Fecha de creación	15-09-2010 10:01
Última impresión	
Personas relacionadas	
Autor	 Francisca Cardenas
Última modificación realizada por	 mojeda

**Octogésimo quinto:** Que, en este mismo sentido, el entonces gerente comercial de Sanderson a la fecha de la Licitación Hospital, el Sr. Echeverría Bascuñán, en su declaración como testigo, en audiencia cuya acta rola a fojas 1332 del cuaderno principal, señaló que correspondía al gerente general decidir si participar de una licitación relevante, así como definir el precio a ofertar. En particular, expresó que *"ABOGADO FNE: Mjum. Y esa decisión de oferta, primero de oferta o no ofertar y,*

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

*segundo, de a qué precio ofertar, ¿en quién recaía? TESTIGO: Finalmente, en el gerente general." (fojas 1348 y 1349 del cuaderno principal);*

**Octogésimo sexto:** Que, a mayor abundamiento, sirve como antecedente que refuerza la idea anterior, la declaración del Sr. Ojeda ante la FNE, acompañada al proceso, cuando admitió expresamente que definía los precios de los hospitales de mayor relevancia. Al efecto, señaló que "FNE: OK, ¿Entonces quién tenía la última palabra en la determinación de precios de hospitales? DECLARANTE: Los precios en los hospitales grandes, yo" (Declaración Mariano Ojeda, de 10 de diciembre de 2014, cuya transcripción consta en el documento "55. Declaración Mariano Alberto Ojeda\_Censurado" contenido en el disco compacto que rola a fojas 23 del Cuaderno de Documentos de Alzamiento de confidencialidad de la FNE y Baxter, página 73);

**Octogésimo séptimo:** Que los antecedentes antes expuestos permiten inferir que, tal como plantea la FNE en su requerimiento, fue precisamente Mariano Ojeda quien definió el precio a ofertar de \$290 para el suero fisiológico 100 ml flexible;

**Octogésimo octavo:** Que, por otra parte, según consta en el registro telefónico acompañado en autos ("base\_consolidada.dta", que se encuentra contenida en el disco compacto que rola a fojas 2073 del cuaderno principal), en adelante el "Registro Telefónico", durante el año 2012, los gerentes generales de las requeridas se contactaron en múltiples ocasiones, a través de llamadas y mensajes de texto, durante el período en que se desarrolló la Licitación Hospital, esto es, en el período comprendido entre su apertura y cierre. Ello no fue controvertido en autos;

**Octogésimo noveno:** Que, en concreto, el Registro Telefónico da cuenta que el 19 de julio de 2012 los mencionados gerentes generales se contactaron mediante mensajes de texto en siete oportunidades, en un período menor a una hora. Asimismo, revela que los gerentes generales no volvieron a contactarse, sino hasta después del cierre de la Licitación Hospital;

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





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

**Cuadro N° 4**

**Registro de Comunicaciones entre Christian Quiroga y Mariano Ojeda**

Fecha	Cantidad	Fecha	Cantidad	Fecha	Cantidad	Fecha	Cantidad
22-09-2010	1	25-04-2011	1	24-05-2012	2	01-10-2012	3
29-09-2010	1	26-04-2011	2	20-06-2012	4	02-10-2012	3
05-10-2010	1	02-05-2011	1	19-07-2012	7	08-10-2012	4
25-10-2010	1	13-07-2011	1	16-08-2012	1	11-10-2012	3
26-10-2010	2	08-08-2011	1	20-08-2012	3	29-10-2012	1
28-10-2010	1	02-02-2012	6	22-08-2012	1	30-10-2012	1
12-11-2010	2	05-02-2012	2	23-08-2012	1	31-10-2012	7
29-11-2010	1	30-03-2012	7	27-08-2012	8	06-11-2012	10
10-12-2010	2	03-04-2012	1	03-09-2012	7	22-11-2012	1
18-01-2011	2	10-04-2012	3	04-09-2012	3	11-12-2012	2
05-04-2011	1	11-04-2012	2	07-09-2012	2	13-12-2012	13
18-04-2011	1	26-04-2012	2	11-09-2012	2	27-03-2013	2
19-04-2011	1	27-04-2012	1	12-09-2012	4	10-04-2013	1
20-04-2011	1	03-05-2012	3	13-09-2012	3	15-04-2013	1
		10-05-2012	1	14-09-2012	2	19-04-2013	1

Fuente: Registro Telefónico, foja 2073 del cuaderno principal.

**Nonagésimo:** Que tal como ha sido resuelto por este Tribunal (por ejemplo, en la Sentencia N° 148/2015), la existencia de comunicaciones entre gerentes de compañías competidoras se configura como un indicio de la existencia de prácticas anticompetitivas, a menos que durante el proceso se pruebe la existencia de una justificación legítima para la existencia de tales comunicaciones;

**Nonagésimo primero:** Que, en ese contexto, es necesario determinar si las comunicaciones entre los gerentes generales de empresas que son competidoras directas, se fundan en una explicación alternativa plausible. Para estos efectos, con ocasión de los registros de comunicaciones entre competidores se ha señalado que *"cobra relevancia el tráfico de llamadas telefónicas en el periodo de presentación de las cotizaciones, que es analizado por el TDLC y que efectivamente no encuentra justificación en las relaciones comerciales"* (Excma. Corte Suprema, sentencia del 12 de octubre de 2016, Rol N° 5128-2016, c. 29°);

**Nonagésimo segundo:** Que, en términos generales, las requeridas aducen que el motivo de estas llamadas era legítimo (foja 121, respecto de Sanderson y foja 175 respecto de Baxter, ambas del cuaderno principal). Sin embargo, como se verá, el Registro Telefónico y la interceptación telefónica antes descrita, permiten desvirtuar dicha defensa y llevan a concluir que los contactos entre los gerentes generales tenían un objeto ilegítimo, esto es, afectar el resultado de la Licitación Hospital;

**ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL**





REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

**Nonagésimo tercero:** Que, en particular, las requeridas han justificado la existencia de las comunicaciones entre sus gerentes en los siguientes hechos: (i) en la compra de Baxa Corporation ("Baxa") por parte de Baxter; (ii) en roturas de stock de sueros y las compras de productos oncológicos de parte de Sanderson a Baxter; y (iii) en la participación de ambas requeridas en la Asociación Gremial que las reúne, Asilfa;

**Nonagésimo cuarto:** Que, en relación con la primera de las justificaciones, de acuerdo con lo señalado por Sanderson en su contestación (foja 121 del cuaderno principal), Baxa es una empresa cuyos productos eran distribuidos por la matriz de Sanderson y que habría sido adquirida por Baxter a nivel internacional el año 2011. A raíz de esta transacción, tanto Sanderson como Baxter indican que los gerentes de los laboratorios requeridos debieron tomar contacto para organizar las relaciones comerciales y los cambios en la distribución (a fojas 140 y 2082 del cuaderno principal, respectivamente);

**Nonagésimo quinto:** Que la Fiscalla no controvierte el hecho de que Baxter International Inc. adquirió la empresa Baxa el año 2011. Sin embargo, señala que el cambio de propiedad tuvo efectos en Chile a partir de finales del año 2012 y comienzos del año 2013, por lo que no sería posible, a su juicio, justificar la existencia de las comunicaciones entre los gerentes generales de las requeridas en el marco de esta transacción (a fojas 2892 del cuaderno principal);

**Nonagésimo sexto:** Que la primera evidencia acompañada al proceso relativa a los efectos en Chile de la compra de Baxa por parte de Baxter Internacional corresponde a la cadena de correos electrónicos con el asunto "RV\_Integracion Baxa-Baxter LAS" del 16 de julio de 2012, contenida en el dispositivo de almacenamiento electrónico que rola a fojas 2075 del cuaderno principal. En dicho correo, un ejecutivo de Baxter señala que el objetivo de la compañía era tomar control de las operaciones de Baxa en *nuestra región* el próximo año, indicando los avances a realizar para llevar adelante este proyecto. En relación con Chile, señala que se debe analizar *la situación legal del cliente de Chile (Therapia/ FK Chile mantiene el status de distribuidor exclusivo)*;

**Nonagésimo séptimo:** Que, de conformidad con el contenido del correo citado en la consideración anterior, existe evidencia en el proceso que demuestra que, recién a partir del 19 de octubre de 2012, Baxter comenzó a evaluar la posibilidad de iniciar un acercamiento con Fresenius Kabi en orden a poner término al contrato que ligaba a esta última con Baxa. En efecto, la cadena de correos "144. Re\_BAXA - CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN FMC KABI CHILE LTDA" del 19 de octubre de 2012, contenida en el dispositivo de almacenamiento electrónico que rola a fojas 2075 del cuaderno



REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

principal, da cuenta de una conversación entre Andrés Aguirre y Christian Quiroga relativa al mencionado contrato y a su fecha de terminación. En dicha conversación, el Sr. Aguirre señala al Sr. Quiroga que *"teniendo en cuenta que tienes buena relación con el representante legal del Distribuidor gracias a pertenecer a ASILFA, mi recomendación sería que empecemos el acercamiento con el mismo para ir acordando términos y condiciones de rescisión del contrato por mutuo acuerdo para evitar cualquier tipo de reclamación"*, a lo que el Sr. Quiroga respondió *"[e]l 29 del corriente asisto a reunión de ASILFA y haré la primera intervención con el Gte. Gral. De FK con el objetivo de que MKT lidere esto"*;

**Nonagésimo octavo:** Que, por consiguiente, se deduce que las conversaciones entre los gerentes de las requeridas relativas a la compra de Baxa por parte de la Baxter Internacional, de existir, solo pudieron tener lugar al menos, a fines del mes de octubre de 2012. A mayor abundamiento, lo anterior es conteste además con la declaración que Mariano Ojeda prestó ante la Fiscalía, en la que señala que fue a fines del año 2012 e inicios del año 2013 cuando se llevó a efecto el traspaso de Baxa a Baxter Chile (documento "55. Declaración Mariano Alberto Ojeda\_Censurado" contenido en el disco compacto que rola a fojas 23 del Cuaderno de Documentos de Alzamiento de confidencialidad de la FNE y Baxter, página 101);

**Nonagésimo noveno:** Que, la segunda justificación que las requeridas entregaron para explicar la existencia de comunicaciones entre sus gerentes generales, consiste en una relación comercial entre ambos laboratorios referida a la compra de productos terminados en casos de quiebres de *stock* y de productos oncológicos. Esta relación comercial en la que Baxter vendía y Sanderson compraba no se encuentra controvertido en autos y se le conoce como "B2B" o *"business to business"*;

**Centésimo:** Que, respecto de los quiebres de *stock*, Sanderson señala en la presentación que rola a fojas 2756 del cuaderno principal, que los laboratorios se enfrentan a ellos cuando, habiéndose adjudicado una o varias licitaciones, no tienen la cantidad necesaria del producto licitado para cumplir con los despachos exigidos. Atendido lo anterior, el laboratorio afectado busca a otro símil que le pueda vender el producto para cumplir sus compromisos previamente adquiridos;

**Centésimo primero:** Que, de acuerdo con lo señalado por ambas requeridas en sus presentaciones que rolan a fojas 2756 y 3080 del cuaderno principal, Solange Meza, de Sanderson, y Nicole Valenzuela, de Baxter, eran las responsables de las negociaciones relativas a la relación B2B entre ellas. Lo anterior es confirmado además por las declaraciones prestadas por ambas ejecutivas en estrados (cuyas

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





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

transcripciones constan a fojas 1315 y fojas 1848 del cuaderno principal, respectivamente);

**Centésimo segundo:** Que, a pesar de lo anterior, tanto Sanderson como Baxter indican que, en ciertos casos relevantes, los gerentes generales de ambas compañías intervenían en las relaciones comerciales B2B. Sanderson respalda lo anterior en la declaración entregada por Mariano Ojeda en la FNE el 10 de diciembre de 2014. En dicha declaración, el Sr. Ojeda indicó que las compras por quiebres de *stock* se realizaban de distintas formas y que *"a veces cuando los precios son muy altos, porque siempre la competencia se aprovecha en estos casos, a veces yo intervengo y si conozco al competidor por alguna circunstancia, hago gestiones digamos, 'nos están matando con el precio, por favor. Sino esto... la vida continúa y mañana puede darse la misma situación al revés'."* (documento "55. Declaración Mariano Alberto Ojeda\_Censurado" contenido en el disco compacto que rola a fojas 23 del Cuaderno de Documentos de Alzamiento de confidencialidad de la FNE y Baxter, página 94);

**Centésimo tercero:** Que Baxter, por su parte, argumenta que durante el año 2012 los gerentes de las requeridas habrían intervenido en las negociaciones B2B atendido los volúmenes transados ese año y la integración de Baxa a Baxter. En relación con el primero de los argumentos, señala que para el año 2012 la relación comercial entre Baxter y Sanderson alcanzó un monto de ventas totales de \$299.933.766, conforme al documento "155. Archivo Excel denominado '10 Vtas Totales mensuales farmacéuticos" cuya versión pública se encuentra contenida en el disco compacto que rola a fojas 2123 del cuaderno principal;

**Centésimo cuarto:** Que, sin perjuicio de lo anterior, no existe evidencia aportada al proceso que acredite que, a la fecha de los hechos requeridos, tanto de la Licitación Hospital como de la Licitación Cenabast, los gerentes de Sanderson y Baxter intervinieron en las negociaciones relativas a B2B. Es más, la evidencia aportada permite acreditar que la intervención de los gerentes generales de las compañías requeridas en estas negociaciones era más bien indirecta y quienes estaban a cargo de la misma eran las Sras. Meza y Valenzuela o quienes las estuviesen reemplazando en el cargo. En efecto, Solange Meza señaló en estrados que Mariano Ojeda no intervenía directamente en las negociaciones con Baxter, sino que le indicaba a su equipo comercial que se comunicaran con ellos para salir de una situación de quiebre de *stock* (foja 1325 del cuaderno principal). Dicha declaración es conteste con aquella prestada por el testigo Aníbal Fornazieri, ejecutivo de Sanderson, quien señaló que *"la relación que tenemos con Baxter es la de un proveedor más, es un proveedor de muchos insumos y componentes que son utilizados como consumo en nuestra planta"*

**ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL**





REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

*o nuestra... nuestra planta entre comillas que es Recetario Magistral"* (foja 1556 del cuaderno principal);

**Centésimo quinto:** Que las declaraciones prestadas en estrados por los gerentes generales actuales de ambas compañías ratifican lo indicado precedentemente. En efecto, en el marco de la audiencia de absolución de posiciones, cuya acta rola a fojas 1419 del cuaderno principal, el Sr. Paredes, gerente general de Baxter, ante la pregunta de quién se encargaba actualmente de las compraventas existentes entre laboratorios, señaló "*[e]n el caso de soluciones, bueno, Nicole Valenzuela, en su rol de, al ser una relación B2B, en su relación de gerente de ventas, Nicole Valenzuela"* (foja 1431 del cuaderno principal). En el mismo sentido, el Sr. Mauri, por Sanderson, ante la misma pregunta expuso "*[e]l departamento que realiza esas compras es el Departamento de Compras, Logística y Compras y Distribución"* (foja 1728 del cuaderno principal);

**Centésimo sexto:** Que, adicionalmente, el hecho que la relación comercial entre las requeridas involucrara un monto considerable durante el año 2012, no es suficiente para concluir que las conversaciones sostenidas por los gerentes generales de las requeridas en los periodos previos a la presentación de las ofertas en las licitaciones Hospital y Cenabast hicieron referencia a la relación comercial sostenida entre ambas compañías. Es más, de acuerdo con la evidencia aportada al proceso, en el marco del B2B, Baxter cobraba a Sanderson el precio de lista de los medicamentos y productos que le eran solicitados, por lo que no es posible concluir que la intervención de los gerentes generales era relevante para la negociación del precio (documento "155.10 Vtas totales mensuales farmacéuticos", cuya versión pública se encuentra contenida en el disco compacto que rola a fojas 2123 del cuaderno principal). Lo anterior es conteste con la declaración de Solange Meza en estrados, quien indicó que el precio en casos de quiebres de *stock* era definido por Baxter y que para ello "*buscábamos el precio anterior, decíamos óye, otra vez estamos con quiebre de mil, ¿ustedes tienen?. Sí. El precio último fue 870, ¿sigue el mismo precio?. Sí, sigue al mismo precio"* (foja 1324 del cuaderno principal). Del mismo modo, por parte de Sanderson, Aníbal Fornazieri declaró en estrados que los encargados de realizar compras a Baxter eran Macarena Altamirano, Daniel Pinto (foja 1558 del cuaderno principal), Solange Meza y Patricio Navea (foja 1562 del cuaderno principal) y que compraban "*lo mínimo necesario realmente con un recorte importante, porque normalmente es más caro, mucho más caro de lo que vendemos para Cenabast o para cualquier otro hospital, normalmente perdemos mucho dinero cuando tenemos que comprar un producto para poder cumplir con algún contrato"* (foja 1558 del cuaderno principal);

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

**Centésimo séptimo:** Que lo expuesto en los considerandos anteriores conduce a una conclusión unívoca: que los gerentes generales no participaban directamente de las relaciones comerciales entre Baxter y Sanderson denominadas B2B, generadas a raíz de quiebres de *stock* o abastecimiento de otros productos y que, de hacerlo, ellas no tuvieron lugar durante el período previo a la presentación de ofertas de las licitaciones objeto del requerimiento;

**Centésimo octavo:** Que, por lo anterior, la explicación alternativa entregada por Baxter al contenido de las comunicaciones interceptadas que tuvieron lugar el 5 y 11 de octubre de 2012 no es verosímil. Específicamente, Baxter indica que estas comunicaciones dan cuenta de un intercambio, entre dos ejecutivos de una misma compañía, de información pública obtenida de los portales utilizados para las licitaciones y cuyo contexto se da en la relación de negocios entre Sanderson y Baxter en diversas categorías de productos. En este sentido, lo que no resulta verosímil es que el contenido de las conversaciones entre el Sr. Quiroga y el Sr. Ojeda, de las que dan cuenta las mencionadas interceptaciones, haya sido el de negociaciones de precios de productos incluidos en la relación B2B, ya que ha quedado demostrado en el proceso que ellos no intervinieron en dichas negociaciones durante la época en la que tuvieron lugar los hechos requeridos;

**Centésimo noveno:** Que en lo que respecta a la participación de las requeridas en Asilfa, no se encuentra controvertido en autos la participación de Christian Quiroga por Baxter y de Mariano Ojeda por Sanderson, en dicha asociación gremial. Al respecto, Sanderson expone en sus observaciones a la prueba que ambos gerentes generales participaban activamente en dicha asociación y ello constituye otra instancia de comunicación legítima entre ellos. Baxter, por su parte, arguye que durante la época de los hechos imputados por la FNE, en el Comité Institucional de Asilfa –instancia en la que participaban Christian Quiroga y Mariano Ojeda– se discutía el cambio a las bases de licitación de Cenabast. Funda lo anterior en el correo electrónico acompañado a fojas 2491 del cuaderno principal (documento “4”, contenido en el dispositivo de almacenamiento electrónico que rola a fojas 2576 del cuaderno principal, ruta dentro del soporte: “Acompaña documentos baxter\3 Participación de Christian Quiroga en ASILFA-”), donde se establecía la agenda para la próxima reunión del comité, la que incluía los temas generados por el cambio de bases de licitación antes mencionado. Baxter agrega que en el contexto de Asilfa, Christian Quiroga y Mariano Ojeda discutían temas relativos a la relación B2B;

**Centésimo décimo:** Que, sin embargo, la activa participación de Christian Quiroga y Mariano Ojeda en la asociación gremial antes indicada que los reúne no

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





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

constituye, por sí misma, justificación suficiente para la existencia de numerosas llamadas y mensajes de texto intercambiados entre ellos durante el período de preparación de ofertas para las licitaciones de productos en las que ambas compañías compiten;

**Centésimo undécimo:** Que tampoco se encuentra acreditado en el proceso que durante la época en la que sucedieron los hechos que motivaron el requerimiento, los gerentes generales de Sanderson y Baxter hayan tenido inquietudes acerca de los cambios efectuados por Cenabast a las bases de licitación tipo que utiliza. En este sentido, el hecho que dichos cambios hayan sido motivo de inquietud del Comité Institucional de Asilfa no es una justificación para que los gerentes generales de dos empresas competidoras se contacten en múltiples oportunidades, al margen de dicha instancia formal, para discutir una inquietud relativa a bases de una licitación donde ambas pueden participar como rivales;

**Centésimo duodécimo:** Que, a mayor abundamiento, tal como quedó establecido en la Sentencia N° 165/2018 de este Tribunal, el Sr. Ojeda utilizó la plataforma de Asilfa para compartir información comercialmente sensible con el laboratorio Biosano, información que formó parte de los acuerdos colusorios que fueron sancionados en dicha Sentencia;

**Centésimo decimotercero:** Que, de este modo, también se rechazará como justificación a las conversaciones sostenidas por los gerentes generales de las compañías requeridas el hecho de que ambas participaran en Asilfa;

**Centésimo decimocuarto:** Que, en suma, a juicio de estos sentenciadores, en el caso *sub lite*, la prueba aportada permite deducir que las hipótesis alternativas sobre la causa que motivó los numerosos contactos telefónicos entre los señores Quiroga y Ojeda no son plausibles. En otras palabras, los hechos acreditados en autos sólo se explican si existió un acuerdo colusorio entre Baxter y Sanderson para incidir en los resultados de la Licitación Hospital. Más aun, no existen antecedentes que logren desvirtuar la prueba que acredita la existencia de un acuerdo colusorio entre las requeridas, toda vez que carecen de fuerza para destruir el valor probatorio que tienen los múltiples antecedentes que, apreciados en su conjunto, avalan la existencia de tal acuerdo;

**Excepción de Prescripción Licitación Hospital**

**Centésimo decimoquinto:** Que habiéndose acreditado la existencia de un acuerdo entre Baxter y Sanderson para afectar el resultado de la Licitación Hospital, corresponde resolver la excepción de prescripción extintiva opuesta por Sanderson





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

(primer otrosí de la presentación de fojas 88), conforme a la cual estarían prescritos los hechos acontecidos antes del 14 de julio de 2012 y que fueran invocados por la FNE como fundamentos del acuerdo recaído en esta licitación;

**Centésimo decimosexto:** Que en específico, Sanderson señala que, de acuerdo con el requerimiento, el acuerdo colusorio habría tenido lugar antes del cierre de la fase de presentación de ofertas, lo que razonablemente debió ocurrir después de la publicación de las bases de licitación respectivas, esto es, el 11 de julio de 2012, antes de que el Sr. Quiroga partiera de vacaciones y en todo caso, antes del cierre de la fase de presentación de ofertas, que tuvo lugar el 31 de julio de 2012;

**Centésimo decimoséptimo:** Que el artículo 20 inciso cuarto del D.L. N° 211 establece que el plazo de prescripción de los acuerdos previstos en el artículo 3° letra a) de dicho cuerpo legal es de cinco años, cuyo cómputo no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción;

**Centésimo decimooctavo:** Que de conformidad con el requerimiento de autos y lo establecido en los considerandos quincuagésimo primero y siguientes, el acuerdo recaído en la Licitación Hospital generó sus efectos al menos hasta la fecha de cierre de presentación de ofertas, esto es, al menos hasta el 31 de julio de 2012. La razón es que Sanderson preparó y formuló su oferta en la Licitación Hospital en el entendido que Baxter no se presentaría, actuando así de conformidad con el acuerdo celebrado entre los gerentes generales. En efecto, la evidencia analizada da cuenta de que el gerente general de Sanderson fue quien definió el precio de la oferta de esta empresa. Asimismo, se acreditó que el gerente general de Baxter ignoraba que su equipo comercial presentaría una oferta en dicha licitación, por lo que se puede asumir que no pudo comunicar oportunamente tal circunstancia a su par en Sanderson, según se expuso en los considerandos sexagésimo noveno a septuagésimo séptimo. En consecuencia, el acuerdo colusorio habría generado efectos al menos mientras Sanderson ejecutaba el acuerdo, esto es, hasta la fecha de cierre de las ofertas de la Licitación Hospital;

**Centésimo decimonoveno:** Que, ello implica que el plazo de prescripción comenzó a correr desde el 31 de julio de 2012, en circunstancias que el requerimiento de autos fue notificado legalmente a Sanderson el 14 de julio de 2017 y a Baxter el 17 de julio de ese mismo año. De esta forma, la prescripción fue interrumpida este último día por haberse trabado en esa fecha la *litis*;

**Centésimo vigésimo:** Que, en razón de lo antes expuesto, la acción no se encuentra prescrita, toda vez que fue interpuesta y notificada en un plazo inferior a



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL



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

cinco años, tal como dispone el artículo 20 antes citado. Por consiguiente, la excepción de prescripción opuesta por Sanderson será rechazada;

**Análisis acerca del poder de mercado que el acuerdo confirió a las requeridas**

**Centésimo vigésimo primero:** Que el artículo 3, letra a) del D.L. N° 211, exige que un acuerdo colusorio confiera poder de mercado a aquellos competidores que lo celebraron. Como se ha resuelto, en casos de colusión, el grado de poder de mercado conferido que se requiere acreditar es menor al que se exige en un caso de abuso de posición dominante, tal como ha ratificado la jurisprudencia de este Tribunal (véanse, por ejemplo, las sentencias N°74/2008, c.3, N°79/2008, c.15 y N°145/2015, c. 18);

**Centésimo vigésimo segundo:** Que, como se ha resuelto (Sentencia N° 145/2015, c. 19°), el poder de mercado puede calcularse de dos formas, a saber: (i) de manera directa, utilizando métodos económicos o analizando la evidencia relativa a los efectos anti-competitivos de la conducta (así lo ha resuelto también la jurisprudencia comparada cuando se trata de conductas que no son *per se* ilícitas, *v.gr.* Toys "R" Us *v.* FTC, 221 F.3d 928 (7th Cir. 2000) y FTC *v.* Indiana Federation of Dentists, 476 U.S. 447 (1986)), o bien, (ii) de manera indirecta, a través de la delimitación de un mercado relevante. A este último método, al cual se acude cuando existen dificultades para utilizar el primero, se ha referido recientemente la Excma. Corte Suprema, cuando señala que la determinación del mercado relevante es "*entonces necesaria para establecer uno de los requisitos esenciales del ilícito anticompetitivo, esto es, que el acuerdo colusorio –que se tuvo por establecido– confiera poder de mercado, ello, para la configuración de la figura prevista por el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 en los términos que ya se ha explicitado en el presente fallo.*" (Excma. Corte Suprema, sentencia de 29 de octubre 2015, Rol N° 27181-2014, c. 52°);

**Centésimo vigésimo tercero:** Que, de esta manera, el objetivo último del examen antes indicado es establecer, de la forma que resulte más adecuada al caso concreto, si el acuerdo le otorgó o no a sus miembros el poder de mercado necesario para atribuir responsabilidad en materia de libre competencia, tal como exige el D.L. N° 211;

**Centésimo vigésimo cuarto:** Que, de acuerdo con el análisis de la prueba rendida, en la Licitación Hospital, Baxter no habría ejecutado el acuerdo colusorio celebrado entre el Sr. Quiroga y el Sr. Ojeda, debido a un error, por lo que no es posible determinar el poder de mercado directamente, como se indicó antes. En este contexto, a fin de dilucidar si el acuerdo confirió poder de mercado a las requeridas, se definirá el mercado relevante en que incidieron las conductas imputadas, desde el punto de vista del producto y en su dimensión geográfica. Este examen servirá también cuando

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





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

se analice la Licitación Cenabast ya que, como se verá, tampoco puede calcularse el poder de mercado de manera directa respecto de dicha conducta;

**Centésimo vigésimo quinto:** Que, según expone la FNE en su requerimiento, las bases de cada uno de los procesos licitatorios determinarían un mercado relevante distinto (foja 14 del cuaderno principal). Así, delimita los mercados del producto como: (i) la provisión de Cloruro de Sodio en concentración 0,9% contenido en envase flexible de volumen de 100 ml, en el marco de la Licitación Hospital, y (ii) la provisión de Cloruro de Sodio en concentración 0,9% contenido en envase colapsable de volumen de 100 ml, en el marco de la Licitación Cenabast;

**Centésimo vigésimo sexto:** Que Sanderson, por su parte, señala que discrepa en relación a la glosa de las licitaciones porque su contenido no es claro, toda vez que se habrían declarado admisibles envases que no cumplen con la descripción de "flexible" o "colapsable". Con todo, no controvierte la definición expuesta por la FNE. Más aun, el informe acompañado por Sanderson a fojas 2692 del cuaderno principal, concluye que el mercado relevante se delimita "[d]ado que en este caso, el mercado relevante consiste en los procesos de licitación respectivos" (foja 2687 del cuaderno principal). Se puede concluir, entonces, que adscribe a la misma definición de la FNE;

**Centésimo vigésimo séptimo:** Que finalmente, en la misma línea, en su contestación Baxter señala que cada una de las licitaciones objeto del requerimiento de autos constituye un mercado relevante (fojas 166 y 167 del cuaderno principal);

**Centésimo vigésimo octavo:** Que, al igual que las partes, de los antecedentes analizados se puede concluir que el mercado relevante afectado por los acuerdos imputados se define por los objetos que se buscaban adjudicar en los procesos de licitación a que se refiere el requerimiento de autos, entendiendo por "proceso de licitación" la demanda por el abastecimiento de un producto específico, con independencia de si en ese mismo proceso se estaban licitando otros productos. En otras palabras, se pueden identificar dos mercados relevantes, a saber:

- (i) Licitación Hospital – Suero fisiológico 0,9% de 100 ml., envase flexible. 218-500; y
- (ii) Licitación Cenabast – S.P. Sodio Cloruro 0.9% AM 100 ml solución inyectable p/administración iv envase tipo viaflex (colapsable) resistente con sello que asegure inviolabilidad del contenido zgen(100001304);

**Centésimo vigésimo noveno:** Que, en lo concerniente al mercado geográfico, todas las partes están de acuerdo en que éste se delimita a Chile, conclusión a la que adhiere este Tribunal;





REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

**Centésimo trigésimo:** Que, definido el mercado relevante, se debe realizar un análisis de las condiciones de competencia en ambas licitaciones, examinando la competencia potencial que enfrentaban las requeridas al momento del cierre de la fase de presentación de ofertas y si los competidores potenciales podían ejercer algún poder disciplinador sobre las requeridas al momento de la Licitación Hospital (competidor creíble);

**Centésimo trigésimo primero:** Que el hecho que el acuerdo imputado se celebre en el marco de un proceso de licitación pública, que se desarrolla durante un período de tiempo acotado –alrededor de 20 días desde la publicación de las bases de licitación hasta el plazo para presentar ofertas- implica que, con independencia de la existencia de barreras a la entrada, no es posible que ingresen nuevos competidores oportunamente para impedir los efectos negativos para la libre competencia del acuerdo colusorio imputado (véase, en este sentido, Sentencia N° 148/2015, c. 63°);

**Centésimo trigésimo segundo:** Que, en este orden de consideraciones, para efectos de analizar la competencia potencial, en primer lugar, se limita el estudio a aquellas licitaciones convocadas por instituciones de salud del sector público para la provisión del producto suero fisiológico 100 ml en envase colapsable o flexible. A este respecto, es necesario mencionar que no se cuenta con información detallada de procesos licitatorios del sector privado de salud. Así, el Cuadro N° 5 muestra el porcentaje de las ventas que se adjudicó cada proponente, del total de licitaciones públicas convocadas entre julio de 2009 y junio de 2012, de acuerdo con la información exhibida a fojas 200 del cuaderno principal. Es necesario advertir que estos datos incluyen algunas licitaciones adjudicadas a empresas que ofrecieron sueros cuyos envases podían calificarse como semi-rígidos, a pesar de que la glosa de la licitación hacía alusión a un envase colapsable, tal como se explicó en el considerando cuadragésimo primero. Tal es el caso, por ejemplo, de B. Braun con su producto Ecoflac (y revendedores del mismo);

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





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

**Cuadro N° 5**

**Participación en licitaciones públicas de cloruro de sodio en concentración de 0,9% contenido en envase flexible o colapsable de volumen de 100 ml**

	<b>2009/2010</b>	<b>2010/2011</b>	<b>2011/2012</b>	<b>Total 2009/2012</b>
<b>SANDERSON</b>	\$ 216.695.180 61,7%	\$ 270.946.105 72,8%	\$ 87.280.351 61,9%	\$ 574.921.636 66,5%
<b>BAXTER</b>	\$ 93.446.229 26,6%	\$ 90.908.460 24,4%	\$ 19.552.320 13,9%	\$ 203.907.009 23,6%
<b>BRAUN</b>	\$ 29.293.000 8,3%	\$ 7.806.002 2,1%	\$ 22.656.810 16,1%	\$ 59.755.812 6,91%
<b>SANTIAGO</b>	\$ 9.804.450 2,8%	\$ 587.500 0,2%	\$ 2.269.100 1,6%	\$ 12.661.050 1,46%
<b>CARIBEAN PHARMA</b>	\$ 333.600 0,1%	\$ 1.107.928 0,3%	\$ 3.778.310 2,7%	\$ 5.219.838 0,60%
<b>AWAD</b>	\$ 1.164.000 0,3%	\$ 591.000 0,2%	\$ 1.514.100 1,1%	\$ 3.269.100 0,38%
<b>LEGUER</b>	\$ - 0,0%	\$ - 0,0%	\$ 1.064.900 0,8%	\$ 1.064.900 0,12%
<b>INSUVAL</b>	\$ - 0,0%	\$ - 0,0%	\$ 1.063.180 0,8%	\$ 1.063.180 0,12%
<b>DIPROLAB</b>	\$ - 0,0%	\$ 122.000 0,0%	\$ 506.700 0,4%	\$ 628.700 0,07%
<b>WINPHARMA</b>	\$ - 0,0%	\$ - 0,0%	\$ 450.000 0,3%	\$ 450.000 0,05%
<b>INSUVET</b>	\$ - 0,0%	\$ - 0,0%	\$ 230.000 0,2%	\$ 230.000 0,03%
<b>PRODUCLINIC</b>	\$ - 0,0%	\$ - 0,0%	\$ 210.800 0,1%	\$ 210.800 0,02%
<b>DIMEX</b>	\$ - 0,0%	\$ - 0,0%	\$ 196.000 0,1%	\$ 196.000 0,02%
<b>AVIMEDI</b>	\$ - 0,0%	\$ 10.000 0,0%	\$ 172.450 0,1%	\$ 182.450 0,02%
<b>SCHUBERT</b>	\$ 174.000 0,0%	\$ - 0,0%	\$ - 0,0%	\$ 174.000 0,02%
<b>ARQUIMED</b>	\$ 165.625 0,0%	\$ - 0,0%	\$ - 0,0%	\$ 165.625 0,02%
<b>CHILE</b>	\$ - 0,0%	\$ - 0,0%	\$ 130.200 0,1%	\$ 130.200 0,02%
<b>LABONORT</b>	\$ - 0,0%	\$ 56.000 0,0%	\$ - 0,0%	\$ 56.000 0,01%
<b>BRINO ELIO</b>	\$ 45.000 0,0%	\$ - 0,0%	\$ - 0,0%	\$ 45.000 0,01%
<b>GERMAN BEHNKE</b>	\$ - 0,0%	\$ - 0,0%	\$ 7.000 0,0%	\$ 7.000 0,00%

Fuente: Elaboración propia en base a "Base Minibag Final", exhibida a fojas 200 del cuaderno principal.

**ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL**





REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

**Centésimo trigésimo tercero:** Que como se puede observar en el Cuadro N° 5, las requeridas se adjudicaron casi la totalidad del monto licitado por el sector público entre julio de 2009 y junio de 2012, concentrando un 90% de las ventas de dicho período. A su vez, es posible apreciar en el mismo cuadro que la única empresa que tuvo una participación mayor a 3% en alguno de los períodos previos a las licitaciones requeridas fue B. Braun. Por consiguiente, esta era la única empresa que participaba activamente de este tipo de licitaciones, sin perjuicio de que, como se verá, no era un competidor creíble para las Requeridas por las razones que más adelante se expondrán;

**Centésimo trigésimo cuarto:** Que, asimismo, al revisar la base de datos exhibida por la FNE a fojas 200 del cuaderno principal, la cual no fue observada por las requeridas, se puede extraer información que corrobora la conclusión a la que se arriba en el considerando anterior. En efecto, de los laboratorios que vendieron el producto entre julio de 2009 y junio de 2012, ninguno -además de Baxter, B. Braun y Sanderson- supera el 1,5% de las ventas totales del período y que los que superan el 0,3% de las ventas (Santiago, Caribbean Pharma y Awad) participaron principalmente como revendedores de los productos de Baxter y Sanderson;

**Centésimo trigésimo quinto:** Que, en específico, tal como lo señala la FNE, lo reconoce Sanderson (a fojas 2806 y 2807 del cuaderno principal) y se corrobora al examinar la base de datos exhibida a fojas 200 del cuaderno principal, muchas de las empresas que contaban con registro del ISP, que las habilitaba para vender el producto requerido, actuaban como revendedoras de los sueros producidos o importados por Baxter, Sanderson y B. Braun. Tal es el caso de Awad, Diprolab, Leguer y Avimedi al ofertar el producto de Baxter; Caribbean Pharma el producto de Sanderson e Insuval el producto de B. Braun (Declaración de Olga Nicole Valenzuela Ortiz ante la FNE, de fecha 10 de diciembre de 2014, cuya transcripción está ubicada en el disco compacto que rola a fojas 30 del cuaderno de versiones públicas de la FNE, ruta dentro del soporte: "TOMO XI", páginas 22 a 23);

**Centésimo trigésimo sexto:** Que, en coherencia con lo anterior, los competidores potenciales identificados por Sanderson (foja 96 del cuaderno principal) y Baxter (foja 169 del cuaderno principal), no presentaron ofertas en ningún proceso de licitación pública del producto requerido entre julio de 2009 y junio de 2012, tal como se muestra en el cuadro a continuación. Más aun, de todos los laboratorios mencionados, solo Bestpharma presentó ofertas, pero recién en 2013, con posterioridad a las licitaciones requeridas. Lo anterior permite concluir que las empresas mencionadas no eran

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





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

potenciales oferentes que pudieran ejercer algún grado de presión competitiva sobre las requeridas en la época que ocurrieron los hechos que motivaron el requerimiento;

**Cuadro N° 6**

**Competidores potenciales identificados por las requeridas**

Competidores potenciales	Mencionados por		Ofertas presentadas entre julio de 2009 y junio de 2012	Primera oferta presentada
	Baxter	Sanderson		
Biosano	sí	sí	0	-
Bestpharma	no	sí	0	25/01/2013
Claris Lifescience	sí	sí	0	-
Flexpharma	no	sí	0	-
Grifols Chile	sí	sí	0	-
BPH	no	sí	0	-
Pisa Farmacéutica	no	sí	0	-
Eurofarma Chile	no	sí	0	-

Fuente: Elaboración propia en base a la información de fojas 96, 169 y "Base Minibag Final", exhibido a fojas 200 del cuaderno principal.

**Centésimo trigésimo séptimo:** Que la Licitación Hospital involucraba uno de los volúmenes de sueros más altos del período 2012/2013, tal como lo muestra el Cuadro N° 7 a continuación, y fue convocada por una de las instituciones que agrupaba la mayor cantidad de compras a través de licitaciones en el sector público de salud, entre julio de 2009 y junio de 2012, tal como se muestra en Cuadro N° 8;

**Cuadro N° 7**

**Licitaciones públicas adjudicadas en el período 2012/2013**

Número Adquisición	Institución	Cantidad adjudicada		Adjudicatario	Monto adjudicado	
621-163-LP12	Cenabast	1.457.750	69,09%	B. Braun	400.881.250	67,89%
4309-190-LP12	HGGB	216.600	10,27%	Socofar	60.864.600	10,31%
1541-108-LP12	Hospital El Pino	120.000	5,69%	Baxter	26.400.000	4,47%
1499-45-LP12	Instituto Nacional del Tórax	52.000	2,46%	Sanderson	15.600.000	2,64%
359-240-LP12	Instituto Nacional del Cáncer	27.000	1,28%	Sanderson	9.207.000	1,56%
673684-130-LP12	Instituto de Neurocirugía	29.071	1,38%	Sanderson	8.721.300	1,48%

Nota: Se realizaron otras 298 adquisiciones en el período, pero ninguna superó el 0,36% del total adjudicado en dinero (\$2.086.920), ni el 0,31%, en cantidad (6.400 unidades).

Fuente: Elaboración propia en base a "Base Minibag Final", exhibido a fojas 200 del cuaderno principal.

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro N° 8

Cantidades adjudicadas de suero fisiológico 0,9% de 100 ml, entre julio de 2009  
y junio de 2012, según institución

Institución	Unidades adjudicadas
Cenabast	35,26%
HGGB	14,93%
Hospital Dr. Luis Tisne Brousse	8,68%
Hospital San José	6,76%
Hospital de Urgencia Asistencia Pública	4,15%
Instituto de Neurocirugía	3,86%
Hospital Barros Luco Trudeau	3,19%
Servicio de Salud Iquique	2,04%
Servicio de Salud Arica	1,63%
Hospital del Salvador	1,43%
Hospital Clínico San Borja Arriarán	1,41%
Instituto Nacional del Cáncer	1,20%
Instituto Nacional del Tórax	1,13%
Otros	14,33%

Fuente: Observaciones a la prueba FNE, foja 3053 del cuaderno principal.

**Centésimo trigésimo octavo:** Que, se debe considerar que los grandes volúmenes solicitados y la logística necesaria para abastecer de manera oportuna a las instituciones son elementos que restringen la cantidad de potenciales participantes. Prueba de ello es lo señalado por la FNE en sus observaciones a la prueba, donde indica que todas las licitaciones de más de 50.000 unidades fueron adjudicadas a Baxter, Sanderson o B. Braun (fojas 3055 y 3056 del cuaderno principal). Es más, si se analiza el período relevante para el caso de autos, es decir el período comprendido entre julio de 2009 y junio de 2012, todas las licitaciones de 50.000 unidades o más fueron adjudicadas a alguna de las requeridas, como se muestra en el Cuadro N° 9;

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro N° 9

**Licitaciones públicas de más de 50.000 unidades, convocadas entre julio de 2009 y junio de 2012**

Código Licitación	Institución	Fecha publicación	Periodo	Fecha adjudicación	Cantidad adjudicada	Adjudicatarios
621-836-LP09	Cenabast	17-07-2009	2009/2010	04-09-2009	544.000	Sanderson
1959-250-LE09	Hospital Dr. Luis Tisne Brousse	30-10-2009	2009/2010	28-12-2009	70.000	Baxter - Sanderson
1959-250-LE09	Hospital Dr. Luis Tisne Brousse	30-10-2009	2009/2010	28-12-2009	70.000	Baxter - Sanderson
621-1258-LP10	Cenabast	11-11-2010	2010/2011	12-01-2011	551.285	Sanderson
4309-481-LP10	HGGB	12-01-2011	2010/2011	16-02-2012	379.800	Sanderson
2069-24-LP11	Hospital Barros Luco Trudeau	20-01-2011	2010/2011	19-05-2011	99.000	Baxter
545492-171-LP11	Hospital de Urgencia Asistencia Pública	04-05-2011	2010/2011	23-09-2011	104.000	Baxter
1959-133-LP11	Hospital Dr. Luis Tisne Brousse	03-11-2011	2011/2012	02-12-2011	102.000	Sanderson

Fuente: Elaboración propia en base a "Base Minibag Final", exhibido a fojas 200 del cuaderno principal.

**Centésimo trigésimo noveno:** Que, al analizar todas las licitaciones de 30.000 unidades o más, convocadas entre julio de 2009 y junio de 2012, según la información disponible en la "Base Minibag Final" exhibida a fojas 200 del cuaderno principal, B. Braun solo se adjudicó un 2,6% de este subconjunto. Es más, las únicas licitaciones en las que B. Braun se adjudicó una cantidad de gran envergadura fueron las convocadas por el Hospital San José, el cual adjudicó 30.000 unidades a todos los laboratorios que participaron en ambos procesos licitatorios sin distinguir los precios ofertados. Analizando solo la variable precio, las ofertas de B. Braun en ambas ocasiones fueron muy superiores al mejor postor, tal como muestra el cuadro a continuación;

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





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

**Cuadro N° 10**

**Licitaciones desde 30.000 unidades, entre julio de 2009 y junio de 2012**

Institución	N° Adquisición	Laboratorio Adjudicado	Precio	Cantidad Adjudicada	Porcentaje de la muestra
CENABAST	621-1258-LP10	Sanderson	248	551.285	24,0%
CENABAST	621-836-LP09	Sanderson	232	544.000	23,7%
HGGB	4309-481-LP10	Sanderson	281	379.800	16,6%
Hospital De Urgencia Asistencia Pública	545492-171-LP11	Baxter	290	104.000	4,5%
Hospital Dr. Luis Tisne Brousse - Santiago Oriente	1959-133-LP11	Sanderson	280	102.000	4,4%
HOSPITAL BARROS LUCO TRUDEAU	2069-24-LP11	Baxter	290	99.000	4,3%
Hospital Dr. Luis Tisne Brousse - Santiago Oriente	1959-250-LE09	Baxter	312	70.000	3,1%
Hospital Dr. Luis Tisne Brousse - Santiago Oriente	1959-250-LE09	Sanderson	250	70.000	3,1%
Servicio De Salud Iquique	1647-1197-L109	Sanderson	240	48.000	2,1%
HGGB	4309-612-LP09	Sanderson	250	42.000	1,8%
HGGB	4309-612-R109	Sanderson	250	42.000	1,8%
Instituto De Neurocirugía	673684-80-LP12	Sanderson	300	31.200	1,4%
Hospital San José	1549-175-LE10	Baxter	350	30.000	1,3%
		B. Braun	320	30.000	1,3%
		Sanderson	240	30.000	1,3%
Hospital San José	1549-498-LE10	Baxter	350	30.000	1,3%
		B. Braun	370	30.000	1,3%
		Sanderson	240	30.000	1,3%
		Santiago	298	30.000	1,3%

Fuente: Elaboración propia en base a "Base Minibag Final", exhibida a fojas 200 del cuaderno principal.

**ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL**





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

**Centésimo cuadragésimo:** Que, incluso lo afirmado anteriormente se puede generalizar para todas las licitaciones de 3.000 o más unidades. A saber, ninguna de estas 67 licitaciones, publicadas entre julio de 2009 y junio de 2012, fue adjudicada a un laboratorio distinto de Baxter, Sanderson y B. Braun, con excepción de la licitación 1549-498-LE10 convocada por el Hospital San José que adjudicó 30.000 unidades a Baxter, B. Braun, Sanderson y Santiago, según la información disponible en la "Base Minibag Final" exhibida a fojas 200 del cuaderno principal;

**Centésimo cuadragésimo primero:** Que, como ya fue establecido en las consideraciones anteriores, B. Braun era el único competidor potencial para las requeridas en la Licitación Hospital. Las anteriores licitaciones convocadas por el HGGB no fueron la excepción, ya que las únicas empresas que superaron las etapas de admisibilidad administrativa y técnica en dichos procesos fueron Baxter, B. Braun y Sanderson, como muestra el Cuadro N° 11. Por último, cabe mencionar que las demás empresas que participaron en los procesos convocados por el HGGB, ofertaron productos de alguno de estos laboratorios, por lo que resultaba improbable que pudieran representar una competencia potencial capaz de disciplinar a las requeridas;

**ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL**





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

**Cuadro N° 11**

**Oferentes en licitaciones convocadas por HGGB entre julio de 2009 y junio de 2012**

Fecha cierre	Cantidad	Participantes	Envase	Admisibilidad administrativa	Admisibilidad técnica
13-08-2009	42.000	BAXTER	mini viaflex	Aceptada	Aceptada
		B. BRAUN	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		SANDERSON	apiroflex	Aceptada	Aceptada
22-04-2010	128.000	BAXTER	mini viaflex	Rechazada	Rechazada
		B. BRAUN	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		SANDERSON	apiroflex	Aceptada	Aceptada
09-07-2010	90.000	BAXTER	mini viaflex	Aceptada	Aceptada
		B. BRAUN	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		LABONORT	ecoflac	Rechazada	Rechazada
		SANDERSON	apiroflex	Aceptada	Aceptada
07-02-2011	759.600	BAXTER	mini viaflex	Aceptada	Aceptada
		B. BRAUN	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		B. BRAUN-2	ecoflac mix	Aceptada	Aceptada
		DIPROLAB	mini viaflex	Rechazada	Rechazada
		LABONORT	ecoflac	Rechazada	Rechazada
		SANDERSON	bolsa pvc	Aceptada	Aceptada
31-07-2012	216.600	AVIMEDI	no especifica	Rechazada	Rechazada
		B. BRAUN	ecoflac mix	Aceptada	Aceptada
		B. BRAUN-2	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		LEGUER	mini viaflex	Rechazada	Rechazada
		SANDERSON	bolsa pvc	Aceptada	Aceptada
		SOCOFAR	mini viaflex	Aceptada	Aceptada

Fuente: Elaboración propia en base a "Base Minibag Final", exhibida a fojas 200 del cuaderno principal.

**Centésimo cuadragésimo segundo:** Que, por otra parte, aun cuando las referidas ofertas hubiesen superado las etapas de admisibilidad, los precios ofertados siempre estuvieron muy lejos de aquellos a los que fue adjudicada la licitación pertinente, tal como muestra el gráfico a continuación;

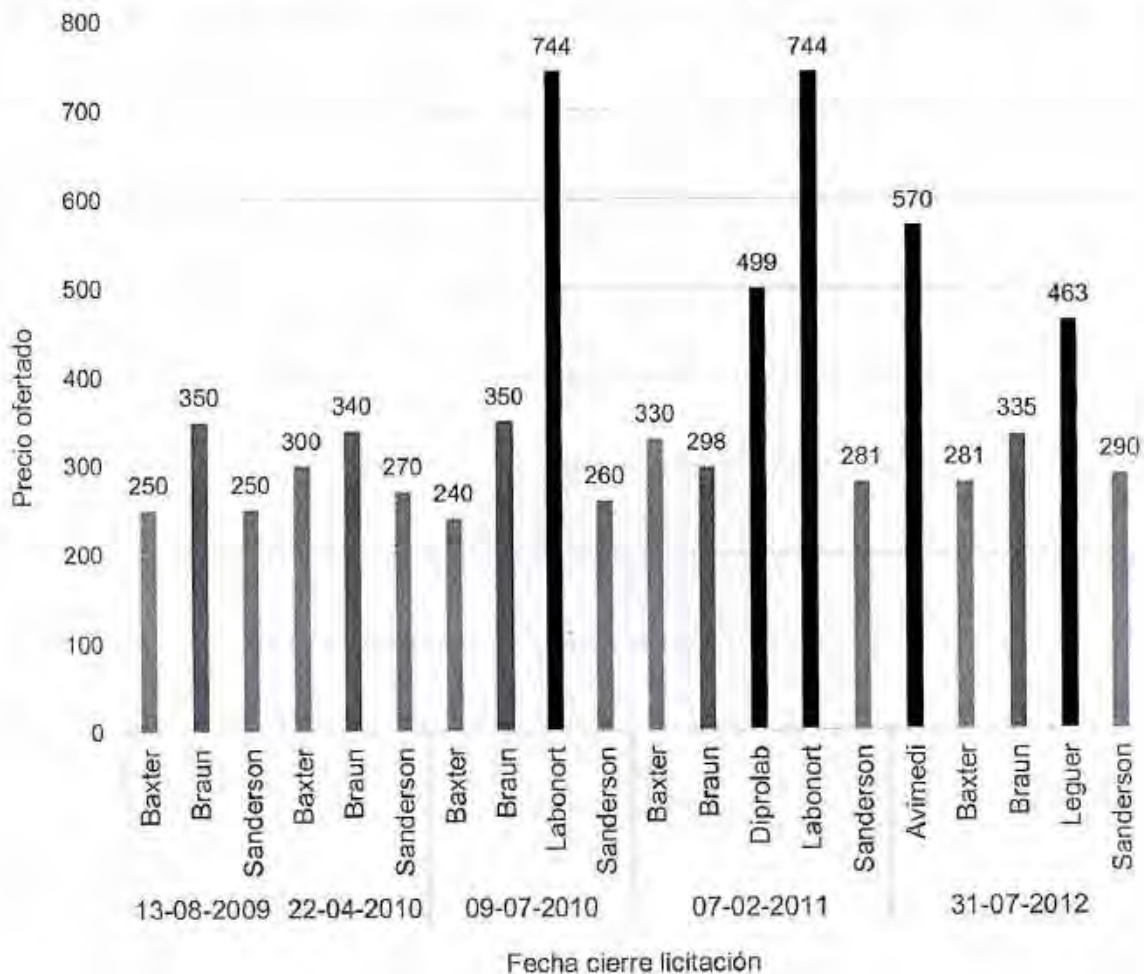
**ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL**





Gráfico N° 1

Precios ofertados en licitaciones convocadas por HGGB entre 2009 y 2012



Fuente: Elaboración propia en base a "Base Minibag Final", exhibida a fojas 200 el cuaderno principal.

**Centésimo cuadragésimo tercero:** Que, en consecuencia, para efectos de evaluar si el acuerdo acreditado en autos tenía aptitud para afectar la libre competencia, corresponde dilucidar si B. Braun pudo o podía ejercer una presión competitiva eficaz sobre las requeridas de modo de evitar que el acuerdo les confiriera poder de mercado;

**Centésimo cuadragésimo cuarto:** Que, respecto a la competencia que enfrentaban las requeridas por parte de B. Braun, si bien esta empresa había participado de las licitaciones, no se había adjudicado ninguna de ellas al momento en que se convoca a la Licitación Hospital. Lo anterior se explica porque, los precios ofertados por B. Braun, en la mayoría de los casos, fueron muy superiores al menor precio ofertado (\$350 versus \$250, en 2009; \$340 versus \$270, en 2010; y \$350 versus \$240, también en 2010);

**Centésimo cuadragésimo quinto:** Que de lo anterior se desprende que B. Braun no tenía la capacidad de disciplinar el actuar de Baxter y Sanderson, quienes ofertaron

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





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

\$281 y \$290 en la Licitación Hospital, respectivamente. Se debe considerar que el precio consistente con el acuerdo fue el ofrecido por Sanderson, ya que Baxter se desvió del mismo al ofertar un precio menor, por lo que aun cuando B. Braun hubiese presentado su mejor oferta del período estudiado no se hubiese adjudicado la licitación. Por consiguiente, el acuerdo colusorio celebrado entre los gerentes generales de las requeridas tenía la capacidad de conferirles poder de mercado y con ello afectar la libre competencia;

**Centésimo cuadragésimo sexto:** Que confirma la conclusión anterior el polinomio de evaluación que utilizaba el HGGB para analizar las ofertas presentadas en sus procesos de licitación. Tal como muestra el Cuadro N° 12, el precio constituía el 70% del puntaje, los plazos de entrega el 20% y la experiencia del oferente el 10% restante. Según consta de la información que rola a fojas 806 y 807 del cuaderno principal, B. Braun obtuvo todo el puntaje por experiencia (10 puntos), pero no obtuvo puntaje por el ítem plazo de entrega, por lo que debía ofrecer un precio bastante inferior al segundo mejor precio para compensar dicha desventaja. De esta manera, era aún menos probable que B. Braun pudiera disciplinar el actuar de las requeridas;

**Cuadro N° 12  
Cuadro de análisis ofertas Licitación HGGB**

Proveedor	Especificaciones del proveedor	Cantidad ofertada	Precio unitario	Monto	Entregas	Experiencia oferentes	Criterios de evaluación				Observaciones
							Precio (70%)	Plazo de entrega (20%)	Experiencia oferentes (10%)	Total	
Sanderson	Bolsa PVC	216.600	\$ 290	62.814.000	5 x semana	0 convenios	67,8	20,0	0,0	87,8	
B. Braun	Ecoflac	216.600	\$ 335	72.561.000	-	>5 convenios	58,7	0,0	10,0	68,7	
SocoFar	Miniviflex	216.600	\$ 281	60.864.600	5 x semana	0 convenios	70,0	20,0	0,0	90,0	Adjudica
B. Braun	Ecoflac Mix	216.600	\$ 430	93.138.000	-	>5 convenios	45,7	0,0	10,0	55,7	

Fuente: Elaboración propia en base a información de fojas 806 y 807 del cuaderno principal.

**Centésimo cuadragésimo séptimo:** Que, posteriormente y según se desprende del análisis del archivo "22. Evaluación G.Grant 07-12" (contenido en el disco compacto que rola a fojas 1 del Cuaderno de Documentos de Alzamiento de confidencialidad de la FNE y Baxter), el día 27 de julio de 2012 Carlos Nova, supervisor de licitaciones y precios de Baxter, consolidó todas las propuestas para las líneas de producto en un documento Excel, incluido el suero fisiológico de 100 ml flexible, contemplando un precio de oferta de \$281 para este producto (celda N23 Hoja "4309-190-LP12"). Además, se incluyó en el análisis un "precio competencia" de \$281 para Sanderson (celda L23 Hoja "4309-190-LP12"), ofertado por dicha empresa en la licitación anterior del HGGB para este producto. El hecho de que sólo Sanderson haya

**ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL**





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

sido contemplado como "competencia" acredita que en el mercado afectado por la conducta no existía, a ese entonces, otro actor considerado por las requeridas que pudiera desestabilizar su actuar anticompetitivo;

**Centésimo cuadragésimo octavo:** Que, del análisis antes expuesto, se acredita que las requeridas, al momento de celebrar el acuerdo, no enfrentaban una presión competitiva eficaz y, por consiguiente, el acuerdo celebrado entre ellas era idóneo para afectar el resultado de la Licitación Hospital. Ello implica que el acuerdo les confirió poder de mercado, de conformidad con el artículo 3 letra a) del D.L. N° 211;

***Análisis de la prueba: antecedentes relativos a la Licitación Cenabast***

***Prueba acerca de la existencia de un acuerdo colusorio***

**Centésimo cuadragésimo noveno:** Que la FNE expone en su requerimiento que las requeridas habrían celebrado un acuerdo para afectar la Licitación Cenabast. En específico, la requirente señala que los gerentes generales de las requeridas habrían tomado contacto antes de la fecha de cierre de presentación de las ofertas y habrían acordado que Sanderson se adjudicara esta licitación, absteniéndose Baxter de participar. En los hechos, los únicos laboratorios que participaron de esta licitación fueron Sanderson y B. Braun, resultando adjudicatario este último;

**Centésimo quincuagésimo:** Que, al igual que en la Licitación Hospital, las requeridas niegan la existencia de un acuerdo colusorio para afectar el resultado de la Licitación Cenabast. En particular, Baxter argumenta que no presentó una oferta porque estaba imposibilitada de participar en dicha licitación debido a que no cumplía con los requisitos técnicos y de admisibilidad. En concreto, aduce que su producto no cumplía con el período de eficacia exigido en el Capítulo V. 3. 4. de las bases de la Licitación Cenabast ni contaba con la información legal requerida en el Capítulo V.3.5. (b) de las bases de dicha licitación (foja 155 del cuaderno principal);

**Centésimo quincuagésimo primero:** Que, el análisis de la prueba respecto de la Licitación Cenabast se organizará de la siguiente forma: en primer término, se examinará si la prueba permite acreditar la existencia del acuerdo colusorio entre las requeridas que fue imputado por la FNE y, enseguida, se dilucidará si la prueba permite inferir que tal acuerdo les confirió poder de mercado de modo de configurar el ilícito del artículo 3 inciso segundo letra a) del D.L. N° 211;

**Centésimo quincuagésimo segundo:** Que el conjunto de las pruebas aportadas al proceso y detalladas a continuación, dan cuenta de que los gerentes generales de Baxter y Sanderson alcanzaron un acuerdo para afectar el resultado de la Licitación Cenabast, infringiendo el D.L. N°211 en los términos planteados por la Fiscalía en su





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

requerimiento. En específico, la conducta acusada se infiere principalmente de interceptaciones telefónicas obtenidas por la FNE y agregadas al proceso, que contienen comunicaciones entre Nicole Valenzuela y Christian Quiroga; de un registro de comunicaciones entre los gerentes generales de las requeridas durante el período de preparación de ofertas a presentar en la Licitación Cenabast; y de la prueba documental incautada, como archivos en formato "Excel" y correos electrónicos;

**Centésimo quincuagésimo tercero:** Que tal como se hizo respecto de la Licitación Hospital, para efectos de facilitar la comprensión de la prueba que se presenta a continuación, resulta conveniente identificar los hitos relevantes del proceso de Licitación Cenabast, en orden cronológico, a saber:

- a) 31.08.2012: se publica el llamado a la Licitación Cenabast junto con sus respectivas bases, en el portal web de Mercado Público, aprobadas mediante Resolución Afecta de Cenabast N° 156 de 24 de abril de 2012, que rola a fojas 814 del cuaderno principal;
- b) Sanderson presentó su oferta el 20 de septiembre de 2012;
- c) El plazo para presentar ofertas expiró el día 21 de septiembre de 2012 a las 17:30 horas; y
- d) La Resolución Afecta Cenabast N° 432, de 5 de diciembre de 2012, adjudica la Licitación Cenabast a B. Braun por el monto bruto de \$477.048.688 (foja 877 del cuaderno principal).

**Centésimo quincuagésimo cuarto:** Que consta en el expediente que el 11 de octubre de 2012 Socofar informó a la Sra. Valenzuela, a través de un correo electrónico, de las adjudicaciones realizadas por Cenabast en las distintas licitaciones a las que había convocado, entre las cuales se encuentra la Licitación Cenabast (documento "111. RV\_Noticia CENABAST ADJUDICADOS" que se encuentra en el dispositivo de almacenamiento electrónico que rola a fojas 2075 del cuaderno principal). Dicho correo electrónico fue reenviado por la Sra. Valenzuela al Sr. Quiroga a las 1:31 am el día 12 de octubre de 2012. Ese mismo día y a raíz del mencionado correo electrónico, tiene lugar una conversación entre la Sra. Valenzuela y el Sr. Quiroga, que forma parte de las interceptaciones telefónicas aportadas por la FNE, cuya transcripción rola a fojas 1203 y siguientes del cuaderno principal. En dicha conversación se señala lo siguiente:

*Nicole Valenzuela: Sabí lo que me da lata a mí, que me desveló que me desperté como a las cinco de la mañana, además del susto de los temblores, desperté como a las cinco y nunca más me pude dormir... pensado... súper masoquista, pero... eh... y, que éste, tu amigo, no hace bien los análisis porque... eh... él, pensando en el Fisiológico*

**ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL**





REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

*de 100, él, a no ser que regalara el producto, no tenía ninguna posibilidad de adjudicárselo, porque con ocho puntos menos versus dos, su precio tenía que ser pero...*

*Christian Quiroga: Es que él me dijo que iba ir a... él me dijo que iba ir a un precio muy bajo... ayer me lo confesó que el jefe no le dejó, el tema es que no me avisó.*

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

*Christian Quiroga: A ver eso fue... fue...*

*Nicole Valenzuela: **Estuve martirizándome desde las cinco de la mañana....***

*Christian Quiroga: Ah, pero no te martirices vos te martirizás con el diario escrito, pero no así no son las jugadas, las jugadas son antes de que se escriba la novela... [risas].*

*Nicole Valenzuela: Si po... por eso te digo...él... él... tú...yo siento... es súper personal mi opinión que tu soy súper transparente Christian y súper bueno, pero él no te dice la historia completa ¿cachai o no? porque si te hubiera dicho sabí que no me autorizaron ir a un precio barato... bueno... ¿cachai? a eso voy es que tu hací bien tus cosas y soy un hombre de palabra y te informai porque si tu dijiste algo siempre lo vai a cumplir, entonces me da como lata así que la gente sea media pilla.*

*Christian Quiroga: Si no, a ver, si bueno, yo no creo, te soy sincero, no lo conozco demasiado, lo conozco un poco más día a día... no creo que lo haya hecho de mala leche... simplemente es que creo que... **ayer me dijo "no, pasa que no me dejaron ir al precio que yo quería ir" y le digo "pero boludo" le digo "¿por qué no me avisaste?", me dice "la verdad que se me escapó", me dice, porque se estaba yendo a Cancún que se yo bueno, estaba... estaba presentando plan, cerrando la licitación y yéndose de vacaciones.**" (Énfasis agregado)*

**Centésimo quincuagésimo quinto:** Que para efectos de comprender el contexto en el que se genera la conversación anterior se debe tener presente que, conforme al archivo "FC3 - BUD 2013 CHILE.pptx" contenido en el dispositivo de almacenamiento electrónico que rola a fojas 2075 del cuaderno principal, entre otros, Sanderson se encontraba sujeto a una sanción que importaba una deducción en el puntaje asignado a su oferta en el marco de la Licitación Cenabast, producto de incumplimientos anteriores (V.gr. retiros de productos);

**Centésimo quincuagésimo sexto:** Que la transcripción cuyo extracto se reproduce en el considerando centésimo quincuagésimo cuarto, alude, entre otros temas, a una conversación entre el Sr. Quiroga y el Sr. Mariano Ojeda, ocurrida con posterioridad a la publicación de las ofertas realizadas en el marco de la Licitación Cenabast, en la reunión realizada en Asilfa el 11 de octubre de 2012 (Cuaderno de Versiones Públicas de la Fiscalía Nacional Económica, disco compacto que rola a fojas 1, ruta dentro del soporte: "Terceros", "Tomo XIII", archivo "1. Cont. docs. adjuntos ASILFA\_Censurado.pdf", página 143). En específico, se deduce lo siguiente:





REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- (i) Que el Sr. Ojeda y el Sr. Quiroga habrían discutido las posturas de las requeridas en la Licitación Cenabast y que se esperaba que fuera exitoso ("*Es que él me dijo que iba ir a... él me dijo que iba ir a un precio muy bajo*");
- (ii) Que el Sr. Quiroga le habría reprochado al gerente general de Sanderson no haberle avisado que no pudo ir a la Licitación Cenabast a un precio muy bajo ("*el tema es que no me avisó*"), frente a lo cual el Sr. Ojeda habría reaccionado expresando "*la verdad que se me escapó*"; y
- (iii) Que Baxter había considerado presentarse a la Licitación Cenabast y más aun, había calculado el precio al que hubiesen ido a dicha licitación, el que era de \$270 ("*nosotros, más nuestros cálculos, era ir a 270, les habríamos volado la cabeza y nos hubiéramos adjudicado nosotros eso*");

**Centésimo quincuagésimo séptimo:** Que, conforme a lo analizado, es posible inferir que los gerentes generales de las dos requeridas acordaron afectar el resultado de la Licitación Cenabast, toda vez que dicha comunicación se refirió a los precios y la presentación de ofertas en dicha licitación. A su vez, el hecho que la omisión del Sr. Ojeda de informar que no iba a poder ir a un *precio muy bajo* generase frustración en los ejecutivos de una empresa competidora, es un indicio de que existía un acuerdo entre las compañías requeridas destinado a afectar el resultado de esta licitación, ya que sugiere que los ejecutivos de Baxter esperaban un comportamiento distinto de su competidora Sanderson;

**Centésimo quincuagésimo octavo:** Que las conclusiones anteriores se ven reforzadas por la conversación sostenida entre los ejecutivos de Baxter Sra. Valenzuela y Sr. Sarmiento el 12 de octubre de 2012, con posterioridad a la conversación analizada en los considerandos anteriores, cuya transcripción rola a fojas 1209 y siguientes del cuaderno principal. El extracto relevante de dicha conversación es el siguiente:

*Nicole Valenzuela: Ah, súper. Oye, y ¿viste lo de los precios po? ¿Lo de la adjudicación?*

*Francisco Sarmiento: Sí, eso te decía. Súper bien lo de las licitaciones, sí.*

*Nicole Valenzuela: Viste que estábamos, que teníamos, que por eso yo le dije a Christian "Christian tu amigo es entero trucho porque él te dijo eso, le dije, pensando en que iba más barato Braun, pero no saben ni hacer los cuadros, porque en el fondo... como tenían retiro".*

*Francisco Sarmiento: Mjum [afirmación].*

*Nicole Valenzuela: eh... Y ahora salió el de la Albúmina, te lo voy a mandar, Grifols se presentó a las mismas 14 lucas, pero no presentó el certificado de la factura electrónica, por lo tanto, tiene un punto menos.*

*Francisco Sarmiento: Oye...*

*Nicole Valenzuela: Así que también las ganaríamos.*

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





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

*Francisco Sarmiento: Qué bueno, qué bueno... ¿Oye y qué te dije Christian cuando...? Porque yo hablé hace un rato con él, pero por el tema renal, que ahí tenemos el medio hoyito, pero... pero bueno, ahí estamos buscando la solución. ¿Qué te dijo? No le pregunté por las licitaciones.*

*Nicole Valenzuela: Dijo, no, no le puso tanto color, dijo "no, che si en el fondo Mariano". Yo le dije "no, pero es que cuando él te entregué información, está súper bien que tú la validez con Francisco porque ellos te pueden decir cualquier cosa, pero no es que tengan contacto, sino que él miró el cuadro de los precios y te dijo perdiste con Braun porque tenían precio más barato", pero... haciendo el análisis como nosotros lo hicimos, por eso es tan importante cuando nos juntamos con los cuadritos y todo, es que como estos tipos tienen retiro y le dije al tiro que... que **en el de 100 ml, le dije "fue maricón contigo porque podríamos haber ido nosotros a un precio súper bueno y nos hubiéramos adjudicado nosotros"**.*

*Francisco Sarmiento: ¿Y qué te dijo?*

*Nicole Valenzuela: Pero no... me dijo, me dijo lo que pasa es que "él pensaba ir barato pero no le dejaron", y yo le dije "bueno y ¿por qué no te avisó?" Me dijo "no, si ayer se lo planteé y que le había dicho como que ay, es que como me iba a Cancún me olvidé y todo", "¿Y sabí lo que pasa? Es que yo siento" le dije "que tú soy súper derecho y buena onda, pero tenís que tener cuidado porque él, **imagínate, nosotros nos hubiéramos ganado el de 100 ml que son 400 millones**", ¿cachai o no? Entonces le dije "tenís que tener que tener cuidado porque..."*

*Francisco Sarmiento: Ya, pero ¿lo tomó, lo tomó bien?*

*Nicole Valenzuela: Sí, lo tomó bien y me dijo "sí, lo que pasa es que lo estoy conociendo...", pero lo defiende caleta po.*

*Francisco Sarmiento: Sí, no, pero debe, debe haber un... compromiso ahí mayor, pero... pero si que tenga en cuenta eso, porque este gallo se adaptó al mercado chileno y claro, puede tener actitudes...". (Énfasis agregado)*

**Centésimo quincuagésimo noveno:** Que en el diálogo antes reproducido la Sra. Valenzuela se queja porque, a su juicio, Mariano Ojeda debió haber informado a Christian Quiroga de su cambio en la postura de Sanderson, cuando recordando lo expresado por éste último señala "(...) *me dijo lo que pasa es que 'él [aludiendo a Mariano Ojeda] pensaba ir barato pero no le dejaron'*" y que, atendido que no comunicó su precio al Sr. Quiroga, ella le habría dicho, "*fue maricón contigo porque podríamos haber ido nosotros a un precio súper bueno y nos hubiéramos adjudicado nosotros (...)*". Como se puede observar, esta conversación está relacionada con la anterior y refuerza la existencia de un actuar coordinado entre las requeridas en el marco de la Licitación Cenabast;

**Centésimo sexagésimo:** Que, de los interlocutores de las conversaciones telefónicas interceptadas que fueron analizadas en los considerandos anteriores, solo compareció como testigo en estrados la Sra. Valenzuela, quien negó la existencia del acuerdo (transcripción de declaración testimonial a fojas 1848 del cuaderno principal). En su declaración, indicó que Baxter no pudo presentarse a la licitación porque "*el producto que nosotros teníamos en el país tenía 12 meses de vencimiento desde la fecha de fabricación y para poder presentarnos, generalmente, tenía 9 a 10 meses, entonces*





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

*no alcanzaron a llegar documentos para poder presentar productos de otro origen"* (foja 1914 del cuaderno principal). Luego agregó que el resultado de esta licitación "*marcó un punto complicado*" para Baxter por cuanto se validó como flexible el envase Ecoflac utilizado por B. Braun (foja 1915 del cuaderno principal). Por último, sostuvo que esta conversación hace referencia a la relación comercial B2B que Baxter sostenía con Sanderson;

**Centésimo sexagésimo primero:** Que, al igual que en la Licitación Hospital, la FNE alegó la falta de credibilidad de esta testigo en sus dichos relativos a la Licitación Cenabast por las mismas razones indicadas en el considerando sexagésimo segundo (foja 2960 del cuaderno principal);

**Centésimo sexagésimo segundo:** Que, según se desarrolló en los considerandos sexagésimo tercero y sexagésimo cuarto, la testigo Nicole Valenzuela carece de verosimilitud ya que su declaración no es coherente ni su relato está adecuadamente contextualizado, por las mismas razones expuestas en el análisis de la prueba de la Licitación Hospital. En consecuencia, sus dichos no sirven para refutar otros elementos de prueba aportados en autos y, en definitiva, no pueden desvirtuar las conclusiones a las que arribó este Tribunal respecto de la interpretación de las conversaciones telefónicas obtenidas por la FNE y allegadas al expediente;

***Comunicaciones entre los gerentes generales y explicaciones alternativas de las requeridas***

**Centésimo sexagésimo tercero:** Que, por su parte, el Registro Telefónico que contiene los mensajes de texto y las conversaciones telefónicas intercambiadas entre los gerentes generales de las requeridas (contenido en el dispositivo de almacenamiento electrónico que rola a fojas 2073 del cuaderno principal), da cuenta que durante el período que se extiende desde la apertura de la Licitación Cenabast -31 de agosto de 2012- hasta la expiración del plazo para presentar ofertas -21 de septiembre de 2012-, se contactaron en 23 oportunidades, según se indica en el Cuadro N° 13. Más aun, tales contactos entre Christian Quiroga y Mariano Ojeda tuvieron lugar hasta el 14 de septiembre de 2012, fecha límite en que Baxter tomó la decisión de no participar de la licitación en cuestión, tal como se explicará en el considerando centésimo septuagésimo cuarto;

**ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL**





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

**Cuadro N° 13**

**Registro de Comunicaciones entre Christian Quiroga y Mariano Ojeda**

Fecha	Cantidad	Fecha	Cantidad	Fecha	Cantidad	Fecha	Cantidad
22-09-2010	1	25-04-2011	1	24-05-2012	2	01-10-2012	3
29-09-2010	1	26-04-2011	2	20-06-2012	4	02-10-2012	3
05-10-2010	1	02-05-2011	1	19-07-2012	7	08-10-2012	4
25-10-2010	1	13-07-2011	1	16-08-2012	1	11-10-2012	3
26-10-2010	2	08-08-2011	1	20-08-2012	3	29-10-2012	1
28-10-2010	1	02-02-2012	6	22-08-2012	1	30-10-2012	1
12-11-2010	2	05-02-2012	2	23-08-2012	1	31-10-2012	7
29-11-2010	1	30-03-2012	7	27-08-2012	8	06-11-2012	10
10-12-2010	2	03-04-2012	1	03-09-2012	7	22-11-2012	1
18-01-2011	2	10-04-2012	3	04-09-2012	3	11-12-2012	2
05-04-2011	1	11-04-2012	2	07-09-2012	2	13-12-2012	13
18-04-2011	1	26-04-2012	2	11-09-2012	2	27-03-2013	2
19-04-2011	1	27-04-2012	1	12-09-2012	4	10-04-2013	1
20-04-2011	1	03-05-2012	3	13-09-2012	3	15-04-2013	1
		10-05-2012	1	14-09-2012	2	19-04-2013	1

Fuente: Registro Telefónico, foja 2073 del cuaderno principal.

**Centésimo sexagésimo cuarto:** Que, además, el gráfico que se inserta a continuación muestra que existió un tráfico alto de llamadas y mensajes de texto entre Quiroga y Ojeda en el mes de septiembre, en relación con el promedio de contactos en otros meses del 2012. Si bien se puede observar que existieron numerosos contactos durante el mes de octubre, ello se puede explicar, al menos en parte, por la adquisición de la empresa Baxa Corporation por parte de Baxter International Inc., tal como se analiza en los considerandos nonagésimo séptimo y nonagésimo octavo. En efecto, consta en el expediente que Christian Quiroga señala que iniciaría acercamientos con Fresenius Kabi para efectos del traspaso de las operaciones de Baxa, en octubre del año 2012;

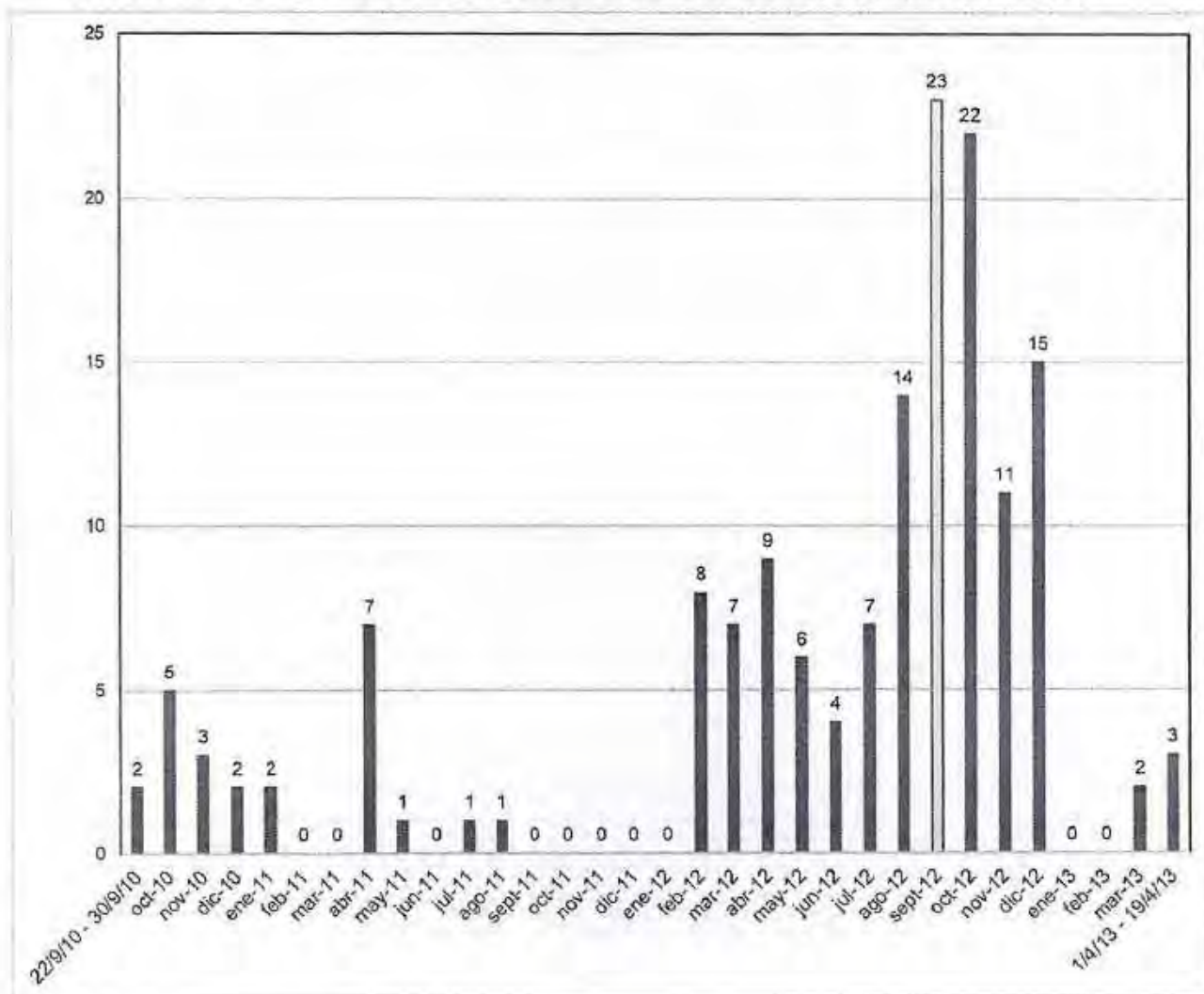


**ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL**



Gráfico N° 2

Frecuencia de Comunicaciones entre Christian Quiroga y Mariano Ojeda



Fuente: Registro Telefónico, foja 2073 del cuaderno principal.

**Centésimo sexagésimo quinto:** Que, al igual que en la Licitación Hospital, las explicaciones alternativas propuestas por las requeridas en su defensa relativas al tráfico de llamadas descrito en los considerandos anteriores se refieren a las relaciones B2B, la compra de Baxa o la participación conjunta de las requeridas en Asilfa;

**Centésimo sexagésimo sexto:** Que dichas explicaciones alternativas se descartan por los motivos expresados en los considerandos nonagésimo tercero y siguientes, a propósito del análisis de la prueba de la Licitación Hospital. En síntesis, el tráfico de llamadas en septiembre no puede explicarse por la adquisición de la empresa Baxa por parte de Baxter International Inc., toda vez que su implementación habría comenzado recién en octubre del año 2012. Tampoco puede explicarse por B2B por cuanto no existe prueba que demuestre que a la fecha de la Licitación Cenabast, los gerentes generales de las requeridas participaron en alguna negociación B2B.





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

Finalmente, la activa participación del Sr. Quiroga y del Sr. Ojeda en la asociación gremial Asilfa no constituye, por sí misma, justificación suficiente para la existencia de numerosas llamadas y mensajes de texto intercambiados entre ellos durante el período de preparación de ofertas para licitaciones de productos en los que ambas compañías compiten;

**Centésimo sexagésimo séptimo:** Que, en consecuencia, desvirtuadas las explicaciones alternativas de las requeridas acerca de las comunicaciones entre sus gerentes generales, esta prueba constituye otro indicio respecto de la existencia de la colusión imputada, toda vez que no existe una razón plausible que explique por qué los gerentes generales de dos empresas que son competidoras mantengan un contacto fluido y recurrente durante el período en que están preparando sus posturas frente a una licitación pública;

***Explicaciones alternativas de las requeridas acerca de su actuación en la Licitación Cenabast***

**Centésimo sexagésimo octavo:** Que poco tiempo después de las conversaciones sostenidas entre los gerentes generales de las requeridas, Baxter cambió su decisión respecto a si presentar una oferta en la Licitación Cenabast y Sanderson modificó el precio unitario que pretendía ofrecer por dicha licitación. En ese contexto, es necesario dilucidar si existe alguna relación entre dichos cambios con las conversaciones sostenidas entre los gerentes generales de las requeridas antes mencionadas;

**Centésimo sexagésimo noveno:** Que, entonces, se indagará si la explicación que entrega Baxter para justificar su decisión de no presentar una oferta en la Licitación de Cenabast es verosímil y responde a una razón plausible distinta al acuerdo colusivo imputado en autos. Al efecto, Baxter invocó dos explicaciones: (i) que no cumplía con el período de eficacia mínimo del producto exigido en las bases de la Licitación Cenabast, de 12 meses contados desde la entrega; y (ii) que no contaba con toda la información legal requerida en el Capítulo V.3.5. (b) de las bases de dicha licitación, consistente en un certificado GMP por su nombre en inglés *good manufacturing practice*, que constituía un requisito de admisibilidad técnica de la oferta (fojas 155 y siguientes del cuaderno principal);

**Centésimo septuagésimo:** Que, respecto al período de eficacia del suero flexible requerido en las bases de licitación, a continuación, se indican los hechos relativos a la requerida Baxter que no fueron controvertidos en autos, que ocurrieron



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

durante el período que media entre la publicación del llamado a la Licitación Cenabast y la presentación de ofertas por parte de los interesados:

1. El 10 de septiembre de 2012 la Sra. Valenzuela, ejecutiva de Baxter, envió un correo electrónico a Eduardo Salvatierra de Socofar, informándole de la apertura de ésta y otras licitaciones, adjuntando a dicho correo una planilla Excel que contenía los productos que se estaban licitando, las cantidades requeridas, entre otros, además de una propuesta de precios a ofertar por cada uno de ellos (documentos "25. LICITACIONES CENABAST [v2]" y "26. LICITACIONES CENABAST", cuyas versiones públicas rolan a fojas 23 del cuaderno de documentos de alzamiento de confidencialidad de la FNE y Baxter). En específico, para el producto afectado por lo que se ha denominado Licitación Cenabast, la planilla antes mencionada contenía un precio unitario de \$264 (Precio a Cenabast), como se puede observar en la imagen que se inserta a continuación;

**Extracto planilla "26. LICITACIONES CENABAST"**

N° ID	Fecha cierre	Cod. Baxter	Descriptor	cant	Factor de empaque	cajas	montos vta	6% mas		12%		10%		
								PRECIO a Cmo Grant	PRECIO a CENABAST	PRECIO A SOCOFAR para GG	PRECIO a SOCOFAR para CENABAST			
621-160-LP12	21-sep	ARB1324	SF 1000 ML	549.170	20	27.459	\$ 201.325.722	\$ 390	\$ 367					
621-164-LP12	21-sep	ARB1323	SF 500 ML	330.436	40	8.261	\$ 90.076.854	\$ 290	\$ 273					
621-168-LP12	24-sep	ARB1322	SF 350 ML	906.768	56	16.152	\$ 285.353.805	\$ 336	\$ 316					
621-135-LP12	24-sep	ARB1323	BINGER LACT 500	1.102.420	40	27.561	\$ 373.058.928	\$ 360	\$ 338					
621-163-LP12	21-sep	ARB1362	SF 100 ML	1.457.795	100	14.578	\$ 385.061.971	\$ 281	\$ 264	\$ 247		\$ 238		
			SUEROS			34.050	\$ 1.335.917.080							
621-157-LP12	28-sep	AR100700	ALBUMINA FLEX	52.823			\$ 792.345.000						\$ 15.000	
TOTAL								\$ 2.129.262.080						

2. El 12 de septiembre de 2012, Benjamin Kalm, de Socofar, contestó el correo a la Sra. Valenzuela, adjuntando una nueva planilla Excel en la que incorporó una columna con la información de los precios de transferencia entre Baxter y Socofar para los productos licitados, sin aludir a los precios de presentación incorporados por Baxter (correo electrónico "RE\_Propuesta de precios GG\_12\_9\_2012.xlsx", correspondiente al documento contenido en el dispositivo de almacenamiento electrónico que rola a fojas 14 del cuaderno de versiones públicas de la FNE, ruta dentro del soporte: "45"), según se ilustra a continuación.

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





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

**Extracto planilla "Propuesta de precios GG\_12\_9\_2012"**

	A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K	L	M
	Baxter - Cenabast												
	Descripción	Código SCF	Cantidad	Precio Sugerido	Venta Esperada	Costo Baxter	Costo Total (Baxter)	Contribución (Baxter)	Margen (Baxter)	CMS Sobrecostos	Var. I	Var. N	
6	S.P. RINGER LACTATO AM 500 ML	266112	990.436	538,4	111.819.543						16,7	-5,6%	
7	S.P. SODIO CLORURO 0.9% AM 250 ML	265633	906.768	315,8	286.393.605						11,2	-5,0%	
8	ALBUMINA HUMANA 10% FA 50-100 ML		57.828	14.570,0	765.983.900						0,0	0,0%	
9	S.P. SODIO CLORURO 0.9% AM 100 ML	265111	1.457.795	264,1	585.061.971	237,7	546.555.774	88.906.197	10,0%	224,5	18,3	-9,6%	
10	S.P. SODIO CLORURO 0.9% AM 1000 ML	265107	549.170	366,6	201.325.727						18,3	-9,6%	
11	S.P. SODIO CLORURO 0.9% AM 500 ML	265634	1.102.420	272,6	300.519.692						14,4	-6,6%	
12			4.398.412		2.051.054.033						64.256.027	-3,8%	

3. Entre las 20:39 horas del día 12 de septiembre y las 8:43 horas del día 13 de septiembre, ambos de 2012, los gerentes generales de las requeridas intercambiaron siete mensajes de texto, conforme se detalla en el Registro Telefónico que se copia a continuación:

Fecha	Hora	Tipo servicio	Secuencia
12-09-2012	20:39:08	Mensaje	(Christian Quiroga/Baxter)-(Mariano Ojeda/Sanderson)
12-09-2012	20:42:58	Mensaje	(Mariano Ojeda/Sanderson)-(Christian Quiroga/Baxter)
12-09-2012	20:43:10	Mensaje	(Christian Quiroga/Baxter)-(Mariano Ojeda/Sanderson)
12-09-2012	20:43:34	Mensaje	(Mariano Ojeda/Sanderson)-(Christian Quiroga/Baxter)
13-09-2012	08:34:35	Mensaje	(Mariano Ojeda/Sanderson)-(Christian Quiroga/Baxter)
13-09-2012	08:34:55	Mensaje	(Christian Quiroga/Baxter)-(Mariano Ojeda/Sanderson)
13-09-2012	08:43:29	Mensaje	(Mariano Ojeda/Sanderson)-(Christian Quiroga/Baxter)

Fuente: Escrito observaciones a la prueba de la FNE (a fojas 2941 del cuaderno principal). Elaborado en base al registro telefónico "base\_consolidada.dta", contenido dentro del dispositivo electrónico que rola a fojas 2073.

4. El 13 de septiembre de 2012 se realizó una reunión interna de Baxter a la que asistieron, al menos, su gerente general, el Sr. Quiroga, la Sra. Valenzuela y el Sr. Sarmiento. Dicha reunión habría tenido lugar a las 11:00 am y el objetivo fue, al menos, discutir los precios a ofrecer en las licitaciones de Cenabast y los precios de transferencia entre Baxter y Socofar generados en virtud de dichas licitaciones. Lo anterior se puede corroborar conforme a lo señalado por la Sra. Valenzuela al Sr. Salvatierra de Socofar en la conversación telefónica sostenida ese mismo día, según consta en la interceptación telefónica cuya transcripción rola a fojas 1219, así como del correo electrónico acompañado por Baxter a fojas 2491 del cuaderno principal (documento "33" contenido en el dispositivo de almacenamiento electrónico que rola a fojas 2576 del cuaderno principal, ruta dentro del soporte: "Acompaña documentos baxter\10 Licitación Cenabast").

**ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL**









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

constituía un hecho aislado para Baxter, sino que era consistente con lo ocurrido a partir de 2009. En efecto, expone que desde esa fecha no habría participado en procesos convocados por Cenabast para abastecerse de suero fisiológico en envase flexible de 100 ml;

**Centésimo septuagésimo segundo:** Que, en específico, Baxter argumenta que el producto suero fisiológico de 100 ml con el que contaban, lo importaban desde Colombia bajo el código ARB1302, el cual tenía una fecha de expiración de doce meses contados desde su fecha de fabricación, en circunstancias que Cenabast requería un producto cuyo período de eficacia fuera mayor o igual a doce meses contados desde la entrega de los productos. Es más, argumenta que los antecedentes dan cuenta de que si no se cumplía con la exigencia relativa a la expiración del suero, se imponían multas equivalentes al 1% del valor neto total de los bienes entregados con menor período de eficacia por cada mes menor de aquel adjudicado (sección XIII "De las Sanciones" punto 2.3. b) de las bases de la Licitación Cenabast, fojas 850 del cuaderno principal);

**Centésimo septuagésimo tercero:** Que, en contraste, la FNE señala en su escrito de observaciones a la prueba que Baxter, al momento del cierre del período de la presentación de ofertas, sí contaba con el producto licitado con veinticuatro meses de eficacia. Afirma, al respecto, que al 21 de septiembre de 2012 Baxter tenía disponibilidad del producto importado desde la planta en México bajo el código VBB1307C, el que cumplía con los requisitos técnicos exigidos por Cenabast. Funda lo anterior en el hecho que, a mediados del año 2012, Baxter habría iniciado un proceso de cambio de proveedor desde la planta de Colombia hacia la planta situada en México, razón por la cual, a la fecha del cierre de presentación de las ofertas, esta requerida contaba con un producto que cumplía con las exigencias contenidas en las bases de la Licitación Cenabast relativos a la expiración del suero fisiológico flexible;

**Centésimo septuagésimo cuarto:** Que, en este contexto, se debe verificar la verosimilitud de la explicación alternativa entregada por Baxter sobre las razones que motivaron su decisión de no participar en la Licitación Cenabast. Para estos efectos, es preciso relevar que: (i) tal como se expuso en el considerando centésimo septuagésimo precedente, consta en el expediente que Baxter comunicó a Socofar que no se presentaría a la Licitación Cenabast el 13 de septiembre de 2012; (ii) en todo caso, Baxter plantea, a fojas 3198, que la decisión de participar de la dicha licitación se habría tomado al interior de dicha empresa a más tardar el día viernes 14 de septiembre, atendido que los días 17, 18 y 19 de septiembre fueron feriados y que Nicole Valenzuela estuvo de vacaciones los días 20 y 21. Esto último lo demuestra el

**ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL**





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

correo electrónico "RE: Consulta precio" (correspondiente al documento "34" contenido en el dispositivo de almacenamiento electrónico que rola a fojas 2576 del cuaderno principal, ruta dentro del soporte: "Acompaña documentos baxter\10 Licitación Cenabast");

**Centésimo septuagésimo quinto:** Que, de este modo, se examinará si entre la apertura de la Licitación Cenabast, esto es, el 31 de agosto de 2012, y el 14 de septiembre de 2012, el equipo de Baxter encargado de las licitaciones sabía si podía contar con el producto suero fisiológico 100 ml que tuviese la *expira* exigida por Cenabast, en la cantidad requerida por dicha autoridad;

**Centésimo septuagésimo sexto:** Que consta en autos que, desde mediados del año 2011, Baxter Chile comenzó un proceso paulatino de cambio en su abastecimiento para los productos intravenosos o IV desde la planta ubicada en Colombia hacia la planta de México, situación además que no fue controvertida en autos. De conformidad con dicho cambio, durante el segundo semestre del año 2012 e inicios del año 2013, Baxter importó lotes de suero fisiológico 100 ml, tanto de México como de Colombia, como se puede observar en el cuadro que se copia a continuación;

**Cuadro N° 14**

**Lotes de suero fisiológico 100 ml, producidos por Baxter entre julio 2012 y febrero 2013**

Código Producto	País de origen	Número de lote	Fecha de manufactura	Fecha de Expira	Periodo de eficacia	Cantidad
VBB1307C	México	V12G31C1	31-07-2012	31-07-2014	24 meses	18.072
VBB1307C	México	V12H01C	AGO 12	AGO 14	24 meses	78.480
VBB1307C	México	V12H03D	AGO 12	AGO 14	24 meses	78.192
VBB1307C	México	V12H05D2	AGO 12	AGO 14	24 meses	54.648
VBB1307C	México	V12H20C	AGO 12	AGO 14	24 meses	53.280
VBB1307C	México	V12H25C	AGO 12	AGO 14	24 meses	54.288
VBB1307C	México	V12H25D	AGO 12	AGO 14	24 meses	78.768
VBB1307C	México	V12H26H1	AGO 12	AGO 14	24 meses	36.144
ARB1302	Colombia	SX12IG4	SEP/2012	SEP/2013	12 meses	S/I
ARB1302	Colombia	SX12IH6	SEP/2012	SEP/2013	12 meses	S/I
ARB1302	Colombia	SX12IH7	SEP/2012	SEP/2013	12 meses	S/I
VBB1307C	México	V12I05E	SEP 12	SEP 14	24 meses	53.208
VBB1307C	México	V12I14A2	SEP 12	SEP 14	24 meses	42.336
VBB1307C	México	V12I14B	14-09-2012	14-09-2014	24 meses	54.216
VBB1307C	México	V12J16J	16-10-2012	16-10-2014	24 meses	78.408
VBB1307C	México	V12L08D	DIC 12	DIC 14	24 meses	53.856
VBB1307C	México	V12L08F	DIC 12	DIC 14	24 meses	22.608
VBB1307C	México	V12L10K	DIC 12	DIC 14	24 meses	53.856
VBB1307C	México	V12L11C	DIC 12	DIC 14	24 meses	54.288
VBB1307C	México	V12L18D	DIC 12	DIC 14	24 meses	54.072
VBB1307C	México	V13A16B2	ENE 13	ENE 15	24 meses	35.712
VBB1307C	México	V13A17D	ENE 13	ENE 15	24 meses	54.288
VBB1307C	México	V13A23N1	ENE 13	ENE 15	24 meses	24.120
VBB1307C	México	V13B01D	FEB 13	FEB 15	24 meses	54.216
VBB1307C	México	V13B02F	FEB 13	FEB 15	24 meses	54.216

Fuente: Escrito observaciones a la prueba de la FNE (foja 2999 del cuaderno principal).

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

**Centésimo septuagésimo séptimo:** Que, con todo, a continuación se muestra que al interior de Baxter existió cierto grado de confusión y discusión en torno a la disponibilidad de suero fisiológico flexible, desde la apertura de la Licitación Cenabast hasta el 12 de septiembre de 2012;

**Centésimo septuagésimo octavo:** Que consta en autos que el 3 de septiembre de 2012, Luis Alberto Higuera, de Baxter, envió un correo electrónico a la Sra. Valenzuela, con copia a Christian Quiroga y a otros colaboradores de dicha requerida, informando acerca de la apertura de la Licitación Cenabast. Con esa misma fecha la Sra. Valenzuela contesta el correo antes mencionado indicando "*Luis, Recuerda que acá no ofertamos por expira de nuestro producto (menor a 12 meses)*". Luego, el Sr. Quiroga respondió ese correo, cuestionando lo señalado por la Sra. Valenzuela. Al efecto, preguntó: "*Trayendo desde México también tenemos expira de 12 meses??*" (documento "3", contenido en el dispositivo de almacenamiento electrónico que rola a fojas 2576 del cuaderno principal, ruta dentro del soporte: "Acompaña documentos baxter\10 Licitación Cenabast");

**Centésimo septuagésimo noveno:** Que también consta en autos que el 7 de septiembre de 2012, Juan Duque, ejecutivo de Baxter Internacional, envió un correo electrónico informando que el cambio de abastecimiento para Chile hacia la planta de México no debía ser considerado para los abastecimientos del año 2013 (documento "31", contenido en el dispositivo de almacenamiento electrónico que rola a fojas 2576 del cuaderno principal, ruta dentro del soporte: "Acompaña documentos baxter\11 Sourcing");

**Centésimo octogésimo:** Que, luego, el 12 de septiembre de 2012, Luis Felipe Díaz, de Baxter, envía un correo (contenido en el dispositivo de almacenamiento electrónico que rola a fojas 753 del cuaderno principal, ruta dentro del soporte: "1. NUE 1025364\b. NUE 1922622") en que se copia a la Sra. Valenzuela, adjuntando una carta dirigida a los clientes de Baxter en que se informa que el suero fisiológico se importaría desde la planta de Baxter situada en México. En respuesta a dicho correo, la Sra. Valenzuela señala "*(...) aun no se define tema de México según lo que nos informó CQuiroga a Francisco y a mí (...)*". En ese contexto, enseguida el Sr. Díaz envía otro correo dirigido al Sr. Quiroga, solicitando su retroalimentación al respecto. En respuesta, Christian Quiroga envió un correo el 13 de septiembre, dirigido al Sr. Díaz y con copia a Nicole Valenzuela y Francisco Sarmiento, entregando el visto bueno para el envío de la carta a los clientes, informando del cambio de abastecimiento desde la planta en Colombia a la planta situada en México. En concreto, el Sr. Quiroga señaló: "*Avancen con la notificación a clientes. Ya han llegado los dos primeros embarques y estaremos*

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





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

*entregando desde Octubre/Noviembre (...)*". Esto revela que, al 13 de septiembre de 2012, Baxter preveía contar con disponibilidad de suero fisiológico flexible desde México para el abastecimiento de sus clientes;

**Centésimo octogésimo primero:** Que, en consecuencia, si bien el 12 de septiembre de 2012 Nicole Valenzuela señala que Christian Quiroga les había informado que aún no se definía el cambio de abastecimiento a México, es el mismo Sr. Quiroga quien al día siguiente da la orden de distribuir la carta a los clientes donde se confirma el cambio del lugar de origen del suero fisiológico flexible. Lo anterior, junto al hecho de que Baxter no aportó elemento de prueba alguno relativo al abastecimiento o importación del suero fisiológico flexible posterior al correo enviado por el Sr. Quiroga el 13 de septiembre y hasta la fecha en que según la misma requerida habría tomado la decisión de no participar de la Licitación Cenabast, vale decir, el 14 de septiembre de 2012, tal como se expuso en el considerando centésimo septuagésimo cuarto, conducen a concluir que las dudas en torno a contar con el producto de suero flexible con la fecha de vigencia exigida por las bases de la Licitación Cenabast no fueron tales en las fechas relevantes;

**Centésimo octogésimo segundo:** Que, por consiguiente, las razones que esgrime Baxter relativas a la no disponibilidad de suero con la *expira* suficiente, según exigían las bases de la Licitación Cenabast, no son suficientes para explicar su decisión de no presentarse a dicha licitación. Ello es sin perjuicio de que, en definitiva, después de que Baxter decidió no participar en la licitación, el cambio de origen del suero fisiológico de 100 ml desde México se vio frustrado en los hechos, tal como dan cuenta los correos de 18 de septiembre de 2012 (foja 2484 vuelta) y otra evidencia aportada al proceso cuya fecha es posterior (V.gr. documento "Forma de control de cambio a producto/proceso" a fojas 2204 y siguientes);

**Centésimo octogésimo tercero:** Que, en consecuencia, se desacredita la explicación alternativa planteada por Baxter referida a la no disponibilidad del producto con la *expira* exigida en las bases de la Licitación;

**Centésimo octogésimo cuarto:** Que, en lo que dice relación con la segunda explicación alternativa proporcionada por Baxter, consistente en que no habría participado de la Licitación Cenabast porque no contó con toda la documentación legal exigida por las bases de dicha licitación, esta requerida indica que las bases "*exigían acompañar a la oferta el certificado GMP legalizado (...), lo que constituía un requisito de Admisibilidad Técnica de la Oferta*" (foja 159 del cuaderno principal). Lo expuesto por Baxter se detalla en el Capítulo III punto 4.1. de las mismas bases de licitación (fojas 823 y 824 del cuaderno principal);

**ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL**





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

**Centésimo octogésimo quinto:** Que respecto al punto III.4.1.c. de las bases de licitación, referido al certificado de buenas prácticas de manufactura (GMP por sus siglas en inglés), Baxter señala que se exigía completar la legalización de este documento emitido en el extranjero y que ello requería un tiempo relevante. Añade que sólo contó con él 45 días después de la fecha de cierre de la fase de presentación de ofertas de la Licitación Cenabast. Expresa al efecto que el "*documento sólo fue emitido por la autoridad sanitaria de Colombia con fecha 03 de septiembre de 2012 y legalizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores de dicho país, el 25 de septiembre del mismo año, con intervención del cónsul chileno en Bogotá el 27 de Septiembre del 2012, y con certificación de legalización finalizada en el Ministerio de Relaciones Exteriores en Chile recién el día 5 de Noviembre del 2012*" (foja 160 del cuaderno principal);

**Centésimo octogésimo sexto:** Que, la FNE refuta lo señalado por Baxter argumentando que solo los documentos señalados en los puntos III.4.1.a. -ficha técnica- y III.4.1.b. -documentos emitidos por el ISP que respalden las especificaciones del producto- de las bases de licitación se trataban de requisitos de admisibilidad de la oferta, mientras que los señalados en los puntos III.4.1.c. -copia del certificado GMP- y III.4.1.d. -certificado de bioequivalencia- se consideraban recién en la etapa de evaluación de la oferta;

**Centésimo octogésimo séptimo:** Que, en particular, respecto del certificado GMP, la FNE indica que este no constituye un requisito de admisibilidad de la Licitación Cenabast, sino que un elemento más en el polinomio de evaluación de las ofertas (foja 3018). Dicha afirmación es posible corroborarla en el capítulo VI.2. de las bases de dicha licitación, donde se señala que el proveedor que acompañe un documento que acreditara el cumplimiento de GMP se le otorgarían 10 puntos en su evaluación, como se observa en el extracto a continuación;

**ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL**





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

**Extracto de las bases de licitación (fojas 834 y 835 del cuaderno principal)**

2. Criterios de Evaluación para los Productos Farmacéuticos. Las ofertas se evaluarán y se les asignará hasta 100 puntos, de conformidad con los siguientes criterios:

Criterio	Puntaje máximo	Medio de cálculo	
Precio	70 puntos	$70 \times (\text{Precio Mínimo} / \text{Precio ofertado})$ Nota: Precio Mínimo: es el menor precio ofertado en el proceso de compra. Precio Ofertado: precio del oferente	
Acredita cumplimiento GMP	10 Puntos	Acredita: 10 ptos.	Adjunta documentos que acrediten cumplimiento GMP, de acuerdo a lo dispuesto en el Capítulo III punto 4.1. letra c., de estas Bases
		No acredita: 0 puntos	

**Centésimo octogésimo octavo:** Que, asimismo, en la Resolución Exenta N° 432 que adjudicó la Licitación Cenabast, se observa que tanto Sanderson como B. Braun no acreditaron el cumplimiento de GMP, obteniendo cero puntos en la evaluación de sus ofertas, como muestra el extracto que se copia a continuación. Lo anterior no fue motivo para no admitir sus ofertas ni para declarar desierta la Licitación Cenabast. Ello permite concluir que el certificado de GMP no constituía un requisito de admisibilidad de la oferta, como alega Baxter;

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





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

**Extracto de la Resolución Exenta N° 432 (foja 878 del cuaderno principal)**

Proveedor	Precio	Puntaje Precio (70 pts.)	Antecedentes Económicos				Total Antec. Econ.
			Complejidad de Oferta (7 pts)	Ajuste Unidad de Despacho (2 pts)	Integración de Personal discapacitado (2 pts)	Factura Electrónica (1 pto)	
B. BRAUN MEDICAL SPA	275,00	70,00	7,00	2,00	0,00	1,00	80,00
LABORATORIO SANDERSON S.A.	290,00	66,38	7,00	0,00	0,00	1,00	74,38

Antecedentes Técnicos			Deducciones				TOTAL FINAL EVALUACION	
Acredita cumpl. GMP (10 pts)	Acredita bioequivalencia o acredita ser producto de referencia (6 pts)	Total Antec. Técnicos	4.1 Retiro del mercado de un registro sanitario solicitado vol.	4.2 Retiro del mercado de un registro sanitario instruido por el ISP.	4.3 Por cada término anticipado de contrato fiscal o parcial por incumpl.	4.6 Reparos		Total Deducciones
0,00	0,00	0,00	6,00	0,00	0,00	0,00	6,00	74,00
0,00	0,00	0,00	6,00	20,00	0,00	0,00	26,00	48,38

**Centésimo octogésimo noveno:** Que, además de estar acreditado que la presentación del certificado GMP no constituía un requisito de admisibilidad de la oferta en la Licitación Cenabast, la FNE señala que Baxter tenía los certificados de GMP mencionados y que, de hecho, Socofar los acompañó en otros procesos licitatorios convocados por Cenabast el 2012. Más aun, indica que las licitaciones ID 621-160-LP12 y 621-164-LP12, para la adquisición de cloruro de sodio solución inyectable 0,9% en envases de 1000 ml y 500 ml, cerraron su etapa de recepción de ofertas el 21 de septiembre, mismo día que cerró la Licitación Cenabast. Al examinar el acta de adjudicación de dichas licitaciones (Resoluciones Exentas N° 458 y N° 130, a fojas 882 a 887 del cuaderno principal), se observa que Socofar acompañó el certificado GMP y obtuvo los 10 puntos correspondientes a ese ítem en la evaluación;





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

**Extracto de la Resolución Exenta N° 458 (foja 883 del cuaderno principal)**

Proveedor	Precio	Puntaje Precio 70 x (Precio Mínimo/Precio ofertado)	Antecedentes Económicos				Total Antecedentes Económicos
			Complejidad de Oferta (7 puntos)	Ajuste Unidad de Despacho (2 puntos)	Integración de Personal discapacitado (2 puntos)	Factura Electrónica (1 punto)	
SOCOFAR S.A.	\$ 370	70,00	7	2	2	1	82,00
B. BRAUN MEDICAL SpA	\$ 390	66,41	7	0	0	1	74,41
LABORATORIO SANDERSON S.A.	\$ 550	47,09	7	0	0	1	55,09

Antecedentes Técnicos			TOTAL PRELIMINAR EVALUACION
Acredita cumplimiento GMP (10 puntos)	Acredita bioequivalencia o acredita ser producto de referencia (8 puntos)	Total Antecedentes Técnicos	
10	0	10	92,00
0	0	0	74,41
0	0	0	55,09

Deducciones				Total Deducciones	TOTAL FINAL EVALUACION
4.1 Retiro del mercado de un registro sanitario solicitado voluntariamente.	4.2 Retiro del mercado de un registro sanitario instruido por el ISP.	4.3 Por cada término anticipado de contrato total o parcial por incumplimiento.	4.6 Reparos		
0	0	0	0	0,00	92,00
6	0	0	0	6,00	68,41
6	20	0	0	26,00	29,09

**ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL**





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

**Extracto de la Resolución Exenta N° 130 (fojas 885 y 886 del cuaderno principal)**

Proveedor	Precio	Puntaje Precio (70 puntos)	Antecedentes Económicos				Total Antecedentes Económicos
			Complejidad de Oferta (7 puntos)	Ajuste Unidad de Despacho (2 puntos)	Integración de Personal discapacitado (2 puntos)	Factura Electrónica (1 punto)	
Socofar División Munnich	280,00	67,50	7,00	2,00	2,00	1,00	79,50
B. BRAUN MEDICAL SpA	270,00	70,00	7,00	0,00	0,00	1,00	78,00
LABORATORIO SANDERSON S.A.	350,00	54,00	7,00	0,00	0,00	1,00	62,00

Antecedentes Técnicos			TOTAL PRELIMINAR EVALUACION
Acredita cumplimiento GMP (10 puntos)	Acredita bioequivalencia o acredita ser producto de referencia (8 puntos)	Total Antecedentes Técnicos	
10,00	0,00	10,00	89,50
0,00	0,00	0,00	78,00
0,00	0,00	0,00	62,00

Deducciones					TOTAL FINAL EVALUACION
4.1 Retiro del mercado de un registro sanitario solicitado voluntariamente.	4.2 Retiro del mercado de un registro sanitario instruido por el ISP.	4.3 Por cada término anticipado de contrato total o parcial por incumplimiento.	4.6 Reparos	Total Deducciones	
0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	89,50
6,00	0,00	0,00	0,00	6,00	72,00
6,00	20,00	0,00	0,00	26,00	36,00

**Centésimo nonagésimo:** Que, por último, los documentos acompañados por la misma requerida Baxter (correos electrónicos "RV: GMP plantas de Colombia y de México" y "RE: GMP plantas de Colombia y de México", correspondientes a los documentos 14 y 16, respectivamente, contenidos en el dispositivo de almacenamiento electrónico que rola a fojas 2576 del cuaderno principal, ruta dentro del soporte: "Acompaña documentos baxter\10 Licitación Cenabast") contradicen lo expuesto en su contestación. Así, el correo "RV: GMP plantas de Colombia y de México", da cuenta que el día 20 de septiembre de 2012 el ejecutivo de Baxter, Luis Higuera, envió a Socofar los certificados GMP de las plantas de fabricación de Baxter de Colombia y México, emitidos por el ISP;

**Centésimo nonagésimo primero:** Que, debe subrayarse que con posterioridad a ese correo electrónico, Triny Méndez, ejecutiva de Socofar, plantea que según las bases de licitación, los certificados GMP de productos no fabricados en Chile deber ser legalizados en el consulado chileno y luego en el ministerio de relaciones



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

exteriores, a lo que Luis Higuera le responde que una opción válida es presentar el certificado GMP certificado por el ISP, trámite que Baxter había concluido. En particular, el Sr. Higuera señala que: *"habitualmente los certificados GMP que entregamos son emitidos por los ministerios de cada país donde la planta de fabricación se encuentra, por lo que para que éstos certificados tengan la validez necesaria en nuestro país deben "consularizarse" y validarlos en el Ministerio de RREE. No obstante, otra opción es que directamente el ISP certifique el cumplimiento de las GMP, emitiendo ellos un certificado GMP que es obviamente válido en Chile sin la necesidad de un trámite de legalización. Para el caso de nuestras plantas de Colombia y México, nosotros solicitamos el trámite de certificación GMP directamente con el ISP"* (contenido en el dispositivo de almacenamiento electrónico que rola a fojas 2576 del cuaderno principal, ruta dentro del soporte: "Acompaña documentos baxter\10 Licitación Cenabast");

**Centésimo nonagésimo segundo:** Que, como se puede apreciar, el análisis expuesto da cuenta inequívocamente de que el certificado GMP no constituía un requisito de admisibilidad de las ofertas en la Licitación Cenabast y no fue un impedimento para que Baxter presentara su oferta en tal Licitación, desacreditándose así la segunda explicación alternativa entregada por esta requerida relativa a su decisión de no participar en dicho proceso;

**Centésimo nonagésimo tercero:** Que, esclarecido lo anterior, se apreciará la prueba relativa a la actuación de Sanderson en el marco de la Licitación Cenabast. Al respecto, durante el período que media entre la publicación del llamado a la Licitación Cenabast y la presentación de ofertas por parte de los proponentes interesados, constan en el expediente los siguientes hechos no controvertidos relativos a la requerida Sanderson:

1. A las 19:47 horas del 12 de septiembre de 2012, Sanderson consideraba como precio unitario a ofertar para la Licitación Cenabast el de \$265, conforme al documento "133. Analisis fc3" (contenido en disco compacto que rola a fojas 753 del cuaderno principal, ruta dentro del soporte: "5. Disco duro C 312-2016/b. NUE 1915468") cuyo extracto relevante se reproduce a continuación. Mariano Ojeda modificó esta planilla por última vez, según dan cuenta las propiedades de la misma.

**ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL**









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

**Centésimo nonagésimo quinto:** Que las justificaciones entregadas por Sanderson en su escrito de contestación no desvirtúan la conclusión anterior. En específico Sanderson señaló que aun cuando se hubiese celebrado el acuerdo acusado éste no tendría sentido ya que: (i) de acuerdo a la interceptación expuesta en el considerando centésimo quincuagésimo cuarto anterior, el Sr. Ojeda no habría tenido la libertad de definir el precio a ofertar en esta Licitación; y (ii) de existir el acuerdo, no habría existido una intención seria de concretarlo de parte del Sr. Ojeda, ya que era razonable para él suponer que no era posible adjudicarse la Licitación Cenabast, atendido las deducciones de puntaje a las que Sanderson estaba afecto;

**Centésimo nonagésimo sexto:** Que aun cuando se diera por acreditado que el Sr. Ojeda no pudo presentar una oferta al precio que él deseaba –lo que no se encuentra probado en autos–, ello no desvirtúa su existencia y los efectos que más adelante se analizan, por cuanto en la planilla "134. Cotización Cenabast final", modificada por última vez por el mismo Sr. Ojeda el 20 de septiembre de 2012, un día antes del cierre de la fase de ofertas de la Licitación Cenabast, Sanderson preveía que podía resultar adjudicatario de la Licitación Cenabast y propone una estrategia en caso de perderla ante B. Braun;

**Centésimo nonagésimo séptimo:** Que, de esta manera, se encuentra acreditado en autos la existencia de un acuerdo colusorio celebrado entre los gerentes generales de las requeridas con el objeto de afectar el resultado de la Licitación Cenabast. En específico, atendida la evidencia analizada en los considerandos anteriores es posible inferir que el Sr. Quiroga, en representación de Baxter comunicó al Sr. Ojeda, en representación de Sanderson, que su empresa no participaría en la Licitación Cenabast, acordando que esta última sería asignada a Sanderson;

**Centésimo nonagésimo octavo:** Que, los antecedentes analizados conducen a desestimar la plausibilidad de las explicaciones proporcionadas por las requeridas respecto de su actuación durante la Licitación Cenabast. Así, el conjunto de la prueba rendida en autos, lleva a demostrar la hipótesis de un acuerdo colusorio para afectar el resultado de la Licitación Cenabast, que fue formulada por la FNE en su requerimiento;

**Centésimo nonagésimo noveno:** Que, por último, el hecho de que la empresa B. Braun, quien no formó parte del acuerdo acusado, haya sido la adjudicataria de dicha licitación, no obsta a que el acuerdo sea sancionable en esta sede por cuanto su celebración es suficiente, tal como se expuso en los considerandos décimo octavo y siguientes, máxime si genera efectos anti-competitivos en el mercado, como se demostrará a continuación;





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

**Análisis acerca del poder de mercado que el acuerdo confirió a las requeridas**

**Ducentésimo:** Que no está controvertido en autos que los laboratorios Sanderson, B. Braun y Labonort presentaron ofertas en la Licitación Cenabast, aunque tan solo fueron declaradas admisibles las ofertas de los dos primeros. Sanderson se presentó con su producto Freeflex a un precio unitario de \$290, mientras que B. Braun se presentó con el producto Ecoflac a un precio unitario de \$275, resultando adjudicatario de la licitación. Estos precios fueron publicados el 24 de septiembre de 2012 en el portal web de Mercado Público;

**Ducentésimo primero:** Que, en el marco establecido en las consideraciones centésima vigésima primera y siguientes, a propósito de la Licitación Hospital, para efectos de determinar si el acuerdo entre Baxter y Sanderson relativo a la Licitación Cenabast les confirió poder de mercado, se examinarán a aquellos competidores que podían participar de dicha licitación y se determinará si eran creíbles. En otras palabras, se analizará la competencia potencial que enfrentaban las requeridas al cierre de la fase de presentación de ofertas y si dicha competencia podía ejercer algún poder disciplinador sobre las requeridas;

**Ducentésimo segundo:** Que, en primer lugar y conforme se describe en el Cuadro N° 7 incorporado anteriormente, de todas las licitaciones convocadas en el sector público para la adquisición de cloruro de sodio en concentración de 0,9% contenido en envase colapsable de 100 ml, la Licitación Cenabast fue la más grande del período atendido la cantidad adjudicada, representando el 69% de las adjudicaciones del período 2012-2013 para este producto;

**Ducentésimo tercero:** Que, asimismo, Cenabast fue la institución que agrupó la mayor cantidad de compras de suero flexible a través de licitaciones en el sector público de salud, entre julio de 2009 y junio de 2012, tal como se mostró en el Cuadro N° 8;

**Ducentésimo cuarto:** Que, tal como se expuso con motivo de la Licitación Hospital, los grandes volúmenes solicitados y la logística necesaria para abastecer de manera oportuna a las instituciones son elementos que restringen la cantidad de potenciales participantes. Prueba de ello es lo señalado por la FNE en sus observaciones a la prueba, donde indica que todas las licitaciones de más de 50.000 unidades fueron adjudicadas a Baxter, Sanderson o B. Braun (fojas 3055 y 3056 del cuaderno principal). Es más, si se analiza el período relevante para el caso de autos, es decir el período comprendido entre julio de 2009 y junio de 2012, todas las licitaciones de 50.000 unidades o más fueron adjudicadas a alguna de las requeridas, como se muestra en el Cuadro N° 9;

**ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL**





REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

**Ducentésimo quinto:** Que, al analizar todas las licitaciones de 30.000 unidades o más, convocadas entre julio de 2009 y junio de 2012, B. Braun solo se adjudicó un 2,6% de este subconjunto. Es más, las únicas licitaciones en las que B. Braun se adjudicó una cantidad de gran envergadura fueron aquellas convocadas por el Hospital San José, el cual adjudicó 30.000 unidades a todos los laboratorios que participaron en ambos procesos licitatorios sin distinguir los precios ofertados. En lo relativo a la variable precio, las ofertas de B. Braun en ambas ocasiones, como se indicó, fueron muy superiores al mejor postor, tal como muestra el Cuadro N° 10 antes expuesto;

**Ducentésimo sexto:** Que, incluso lo afirmado anteriormente se puede generalizar para todas las licitaciones de 3.000 o más unidades. Por cierto, ninguna de estas 67 licitaciones, publicadas entre julio de 2009 y junio de 2012, fue adjudicada a un laboratorio distinto de Baxter, Sanderson y B. Braun, con excepción de la licitación 1549-498-LE10 convocada por el Hospital San José que adjudicó 30.000 unidades a Baxter, B. Braun, Sanderson y Santiago;

**Ducentésimo séptimo:** Que, efectivamente, si se examinan las licitaciones anteriores convocadas por Cenabast, según se indica en la Cuadro N° 15 a continuación, es posible corroborar que B. Braun era el único competidor potencial en la Licitación Cenabast, ya que las únicas empresas que superaron las etapas de admisibilidad administrativa y técnica en dichos procesos fueron B. Braun y Sanderson. Además, la única empresa que intentó participar en una de las licitaciones, Labonort, lo hizo ofertando el producto semirrígido de Sanderson, por lo que resultaba improbable que pudieran representar una competencia potencial capaz de disciplinar a las requeridas;

**ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL**





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

**Cuadro N° 15**

**Oferentes en licitaciones convocadas por Cenabast entre 2009 y 2012**

Fecha cierre	Cantidad	Participantes	Envase	Admisibilidad administrativa	Admisibilidad técnica
11-08-2009	544.000	BAXTER	mini viaflex	Aceptada	Rechazada
		B. BRAUN	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		SANDERSON	apiroflex bag	Aceptada	Aceptada
02-12-2010	551.325	B. BRAUN	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		SANDERSON	bolsa colapsable	Aceptada	Aceptada
21-10-2011	774.626	B. BRAUN	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		SANDERSON	bolsa colapsable	Aceptada	Aceptada
10-02-2012	628.261	B. BRAUN	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		FRESENIUS	bolsa colapsable	Aceptada	Aceptada
		SANDERSON	bolsa colapsable	Aceptada	Aceptada
21-09-2012	1.457.795	B. BRAUN	ecoflac	Aceptada	Aceptada
		LABONORT	matraz apiroflex	Rechazada	-
		SANDERSON	bolsa colapsable	Aceptada	Aceptada

Fuente: Elaboración propia en base a "Base Minibag Final", exhibida a fojas 200 del cuaderno principal

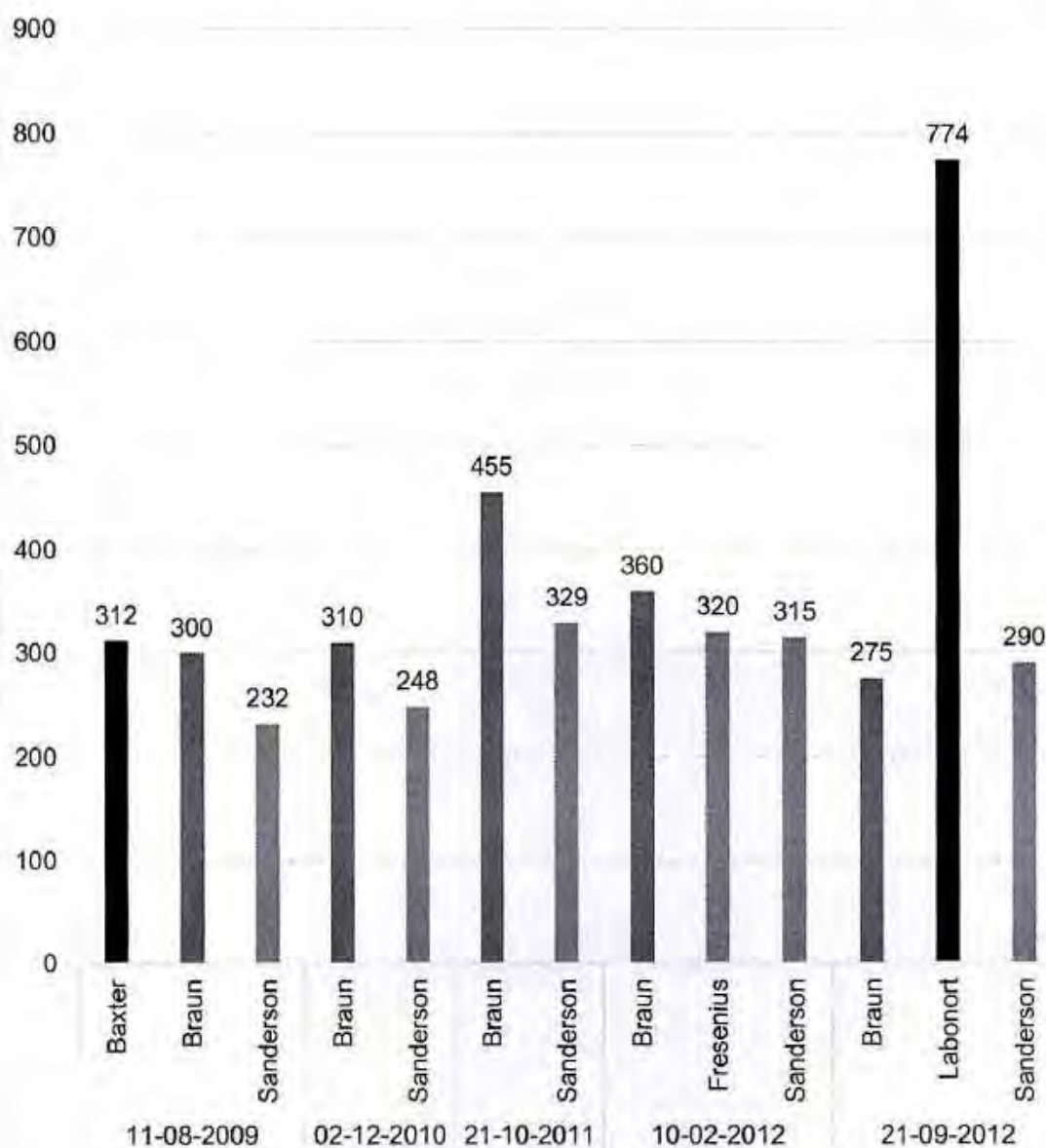
**Ducentésimo octavo:** Que, por otra parte, según consta del siguiente gráfico, aun cuando la referida oferta de Labonort hubiese superado las etapas de admisibilidad, el precio ofertado fue \$774, excediendo significativamente el resto de las ofertas observadas en el período;





Gráfico N° 3

Precios ofertados en licitaciones convocadas por Cenabast entre 2009 y 2012



Fuente: Elaboración propia en base a "Base Minibag Final", exhibida a fojas 200 del cuaderno principal.

**Ducentésimo noveno:** Que, en cuanto a la competencia que enfrentaban las Requeridas por parte de B. Braun, si bien esta empresa había participado de licitaciones anteriores, no se adjudicó ninguna de ellas. Lo anterior se explica porque los precios ofertados por B. Braun siempre fueron muy superiores a aquellos ofertados por Sanderson (\$300 versus \$232, en 2009; \$310 versus \$248, en 2010; \$455 versus \$329, en 2011; y \$360 versus \$315, en 2012). Es más, la diferencia de precios era de tal magnitud que, el año 2009, Cenabast decidió adjudicar la licitación a Sanderson, en razón del precio, aun cuando la oferta de B. Braun había obtenido un mayor puntaje total de evaluación, como muestra la imagen a continuación;



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL



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

**Imagen N° 1**

Resultado Final Evaluación ID N°: 621-836-LP09

CODIGO	DENOMINACION	UNO_MED	PROVEEDOR	CUMPLIMIENTO EN LAS ENTREGAS	TOTAL A TECNICOS	TOTAL PRECIO	INTEGRACION DE P. DISCAPACITADO	DEDUCCIONES 4.1 RETIROS ISP	DEDUCCIONES 4.2 TERMINO CONTRATO	DEDUCCIONES 4.3 RECLAMOS O DEVOLUCIONES	TOTAL
2188431000	S.P. SODIO CLORURO 0.9% AM	AM	LABORATORIO SANDERSON S.A.	27,1	26,25	38	2	5	0	0	58,35
2188431000	S.P. SODIO CLORURO 0.9% AM	AM	B.BRAUN MEDICAL S.A.	29,7	30	29,99	0	0	0	0	59,69

Fuente:

<http://www.mercadopublico.cl/Procurement/Modules/RFB/DetailsAcquisition.aspx?qs=LSNyp+fEFEksXOdjbYKtdw==>

**Ducentésimo décimo:** Que otro elemento a considerar es que la participación de B. Braun en esta licitación, a un precio competitivo como el que ofreció a Cenabast, fue inesperada tanto para Baxter como para Sanderson, según se expone a continuación, lo que demuestra que B. Braun no aparecía como un competidor creíble para dicha requerida en el marco de la Licitación Cenabast. En efecto, por una parte, el testigo Pedro Pablo Echevarría de Sanderson declaró que *"nunca se pensó ¿no cierto? Que para esa licitación B. Braun iba a bajar de 335 a 275 pesos un producto, o sea no"* (foja 1341 del cuaderno principal), haciendo referencia al precio ofrecido por B. Braun, \$335, en la Licitación Hospital y dando a entender que el precio en definitiva ofertado, de \$275, no fue anticipado por Sanderson;

**Ducentésimo undécimo:** Que, por último, en cuanto al análisis realizado por Sanderson para participar de la Licitación Cenabast, tal como muestra el extracto de la planilla que fue incautada a esta requerida "134. Cotización Cenabast Final" (contenida en el disco compacto que rola a fojas 753 del cuaderno principal, ruta dentro del soporte: "5. Disco duro C 312-2016/b. NUE 1915468") que se copia a continuación, este tuvo en cuenta el precio ofrecido por B. Braun en la anterior licitación convocada por Cenabast (\$360), esto es, un 24% mayor a aquel que Sanderson pretendía ofertar. En efecto, en la hoja "Análisis Precios" de la planilla indicada se puede observar que el precio a ofertar por Sanderson era de \$290 y que en sus cálculos de asignación de puntaje lo dan como ganador de la licitación, tal como consta en las celdas R9 y S9;

**ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL**









Cuadro N° 16

Cuadro de análisis ofertas Licitación Cenabast

Proveedor	Precio	Puntaje Precio (70 ptes.)	Antecedentes Económicos				Total Antec. Econ.
			Complejidad de Oferta (7 ptes.)	Ajuste Unidad de Despacho (2 ptes.)	Integración de Personal discapacitado (2 ptes.)	Factura Electrónica (1 pto)	
B. BRAUN MEDICAL SPA	275,00	70,00	7,00	2,00	0,00	1,00	80,00
LABORATORIO SANDERSON S.A.	290,00	66,38	7,00	0,00	0,00	1,00	74,38

Antecedentes Técnicos			Deducciones				TOTAL FINAL EVALUACIÓN	
Acredita cumpl. GMP (10 ptes)	Acredita bioequivalencia o acredita ser producto de referencia (8 ptes)	Total Antec. Técnicos	4.1 Retiro del mercado de un registro sanitario solicitado vol?	4.2 Retiro del mercado de un registro sanitario instruido por el ISP.	4.3 Por cada término anticipado de contrato total o parcial por incumpl.	4.6 Reparos		Total Deducciones
0,00	0,00	0,00	6,00	0,00	0,00	0,00	6,00	74,00
0,00	0,00	0,00	6,00	20,00	0,00	0,00	26,00	48,38

Fuente: foja 877 del cuaderno principal

**Ducentésimo decimoquinto:** Que, sin embargo, el análisis ex ante desarrollado por las requeridas no preveía este escenario. En particular, si bien estaban en conocimiento de que Sanderson estaba afecto a deducciones en el puntaje de evaluación de su oferta, el monto de estas fue subestimado. Esto se puede observar en la planilla "134. Cotización Cenabast Final", ya referida precedentemente, donde Mariano Ojeda predijo erróneamente los puntajes que obtendrían Sanderson y B. Braun en las otras variables de adjudicación y las deducciones que Cenabast aplicaría a sus puntajes. Así, de los 30 puntos restantes del polinomio de evaluación -además de los 70 correspondientes a la variable precio-, las celdas P5, P6, Q5 y Q6 indican que Sanderson y B. Braun obtendrían la totalidad del puntaje, mientras que las celdas P7 y Q7 señalan que Sanderson sufriría una deducción de 16 puntos y B. Braun, una deducción de 2. Con todo esto, Sanderson pronosticaba obtendría un puntaje de 84, indicados en la celda R9, casi idéntico a los 84,39 puntos de B. Braun, anotados en la celda S9. La misma planilla indica que Sanderson planeaba impugnar la adjudicación a B. Braun en caso de que esta se concretara, lo que en los hechos ocurrió;

**Ducentésimo decimosexto:** Que, del mismo modo, Baxter, en sus predicciones, solo consideró una deducción de ocho puntos para Sanderson y de dos para B. Braun



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL



REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(documento "5. Evaluación Oferta Cenabast" contenido en el dispositivo de almacenamiento electrónico que rola a fojas 753 del cuaderno principal, ruta dentro del soporte: "1. NUE 1025364/a. NUE 1922615");

**Ducentésimo decimoséptimo:** Que, lo antes expuesto, permite concluir que las requeridas estimaban y preveían que Sanderson podía adjudicarse la Licitación Cenabast y, de esta manera, que el acuerdo tenía la capacidad de afectar el resultado de tal licitación;

**Ducentésimo decimoctavo:** Que, en suma, al igual que en el caso de la Licitación Hospital, la prueba analizada permite formar la convicción de estos sentenciadores de que el acuerdo celebrado entre los gerentes generales de las requeridas para afectar el resultado de la Licitación Cenabast, les confirió poder de mercado. De esta forma, la prueba señalada permite arribar a la conclusión de que la conducta de las requeridas infringió el artículo 3 letra a) del D.L. N° 211, en la forma indicada por la FNE en su requerimiento;

***Medidas a imponer a las requeridas***

**Ducentésimo decimonoveno:** Que corresponde, entonces, determinar las medidas aplicables a las requeridas por su conducta anticompetitiva desarrollada durante el período acusado;

**Ducentésimo vigésimo:** Que, en primer término, será aplicada una multa a beneficio fiscal. Como se indicó en la parte expositiva, la Fiscalía Nacional Económica solicitó que se le aplicara a cada una de las requeridas una multa de 200 unidades tributarias anuales o el monto que este Tribunal estime ajustado a derecho;

**Ducentésimo vigésimo primero:** Que, como señala el inciso final del artículo 26 del D.L. N° 211, en su versión aplicable a los ilícitos acreditados, el cálculo de la multa considerará, entre otros factores, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente de uno de los infractores y la colaboración que cada agente económico haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación;

**Ducentésimo vigésimo segundo:** Que, en este caso, las requeridas no obtuvieron un beneficio económico con motivo de la infracción, ya que, como indica la Fiscalía en su requerimiento, en ambas licitaciones hubo circunstancias especiales que impidieron la concreción de los acuerdos tal como fueron originalmente pactados. A pesar de ello, la FNE, como se señaló, solicitó una multa de 200 UTA para cada requerida, atendida la gravedad de la conducta y el efecto disuasivo, criterio que este

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





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

Tribunal comparte en razón del monto total adjudicado en ambas licitaciones, que ascendió a 972 UTA;

**Ducentésimo vigésimo tercero:** Que, por su parte, no concurre ninguna circunstancia que justifique la modificación de la multa solicitada por la FNE. En particular, la colaboración que Baxter y Sanderson dicen haber prestado a la FNE no ha ido más allá que su deber legal de cumplir con las cargas públicas que le impone la ley;

**Ducentésimo vigésimo cuarto:** Que, en consecuencia, se aplicará una multa a beneficio fiscal de 200 UTA a cada una de las requeridas;

**Ducentésimo vigésimo quinto:** Que, por último, en virtud de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 3° del D.L. N° 211 y en línea con lo establecido en las sentencias N° 165, N° 158, N° 145 y N° 148, se impondrá como medida, en forma adicional a la multa impuesta, la obligación de adoptar un programa de cumplimiento en materia de libre competencia que satisfaga los requisitos establecidos en la "Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia" (material de promoción N° 3) elaborada por la Fiscalía Nacional Económica, de junio de 2012. Dicho programa tendrá una duración de cinco años y deberá contemplar, como mínimo, las siguientes acciones:

a) Dentro de 30 días hábiles contados desde que esta sentencia se encuentre ejecutoriada, el directorio de cada requerida deberá constituir un Comité de Cumplimiento integrado a lo menos por un director independiente, en los términos del artículo 50 bis de la Ley 18.046 de Sociedades Anónimas. Este Comité deberá estar establecido en los estatutos sociales y se encargará de proponer al directorio el nombramiento y remoción del Oficial de Cumplimiento señalado en la letra b) de este considerando, así como de velar por el buen cumplimiento de sus deberes;

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

**ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL**





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

c) Entregar, dentro de noventa días hábiles contados desde que esta sentencia se encuentre ejecutoriada, una copia de ella a los directores, gerentes, subgerentes y, en general, a los ejecutivos o empleados con alta responsabilidad ejecutiva, de administración y de toma de decisiones en materia comercial (ventas, definición de políticas de precios, formulación de cotizaciones en procesos de licitación o cotización u otra equivalente). La misma obligación regirá respecto de toda persona involucrada en la colusión sancionada en esta sentencia que aún desempeñe funciones en la respectiva compañía. En el evento que una persona asuma uno de esos cargos con posterioridad al transcurso de ese plazo se le deberá entregar una copia de esta sentencia junto con la suscripción del contrato respectivo o de la aceptación del cargo, según fuere el caso;

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

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

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

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

**ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL**





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

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

**SE RESUELVE:**

- 1) **RECHAZAR** la excepción de prescripción opuesta por Laboratorio Sanderson S.A.;
- 2) **ACOGER** el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica;
- 3) **CONDENAR** a Industrial y Comercial Baxter de Chile Ltda. al pago de una multa, a beneficio fiscal, ascendente a 200 Unidades Tributarias Anuales;
- 4) **CONDENAR** a Laboratorio Sanderson S.A. al pago de una multa, a beneficio fiscal, ascendente a 200 Unidades Tributarias Anuales;
- 5) **IMPONER** a las requeridas la adopción de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia que satisfaga al menos los requisitos establecidos en la "Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia" (material de promoción N° 3) elaborada por la Fiscalía Nacional Económica, de junio de 2012, por al menos un plazo de cinco años, programa que deberá contemplar, además y como mínimo, las acciones detalladas en el considerando ducentésimo vigésimo quinto de esta Sentencia;
- 6) **CONDENAR** en costas a las requeridas por haber sido totalmente vencidas.

**SE PREVIENE** que la ministra Sra. María de la Luz Domper, no obstante concurrir al fallo, estuvo por no incluir el literal (i) de la letra f) del considerando ducentésimo vigésimo quinto, reiterado en el resuelvo quinto.

**SE PREVIENE** que los ministros Saavedra y Tapia, si bien concuerdan con la decisión adoptada en la Sentencia, disienten en lo relativo a: (i) la suficiencia de los medios probatorios utilizados para llegar a la conclusión; y (ii) el modo en que se ha efectuado el análisis del poder de mercado, específicamente, definiendo previamente un mercado relevante. Todo ello por los siguientes argumentos:

1. En primer lugar, luego de haber valorado la prueba de manera individual y holística (sobre valoración probatoria en general véase, por ejemplo, Nieva, J., *La Valoración de la Prueba*, Marcial Pons, 2010), hemos arribado a la convicción

**ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL**





REPUBLICA DE CHILE  
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de que en cada uno de los dos acuerdos acusados sólo uno de los medios probatorios invocados en cada acuerdo tiene la idoneidad y entidad suficiente para llegar a la convicción de que se trataba de una coordinación de carácter colusorio. Los demás son, en cada caso, a lo sumo un mero complemento de aquél o incluso no debieran ser considerado prueba del acuerdo colusorio (sin que, al mismo tiempo, prueben la hipótesis contraria).

2. En efecto, en el caso de la Licitación Hospital, el extracto de la interceptación telefónica N° 578, a la que se refieren los considerandos quincuagésimo quinto y siguientes, que da cuenta de una conversación entre Christian Quiroga, gerente general de Baxter, y Nicole Valenzuela, a la fecha supervisora de ventas de la misma empresa, en la cual se utilizan expresiones tales como "salirse de acuerdo" o "no involucrarse en la licitación", o incluso cuando el primero ofrece "compensar" a Mariano Ojeda (de Sanderson) por "haberles soplado el Guillermo Grant" o se habla de una "licitación a Banmedica", entre otras expresiones igualmente concluyentes, es suficiente para confirmar por sí solo la hipótesis de existencia de un acuerdo anticompetitivo de forma fuerte (Taruffo, M., *La Prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 275-6). De ello da cuenta el análisis detallado realizado en la Sentencia a este respecto.
3. Lo mismo acontece en el caso de la Licitación Cenabast. La interceptación telefónica transcrita en el considerando centésimo quincuagésimo cuarto, entre los señores Quiroga y Valenzuela, antes aludidos, que utiliza expresiones como "el me dijo que iba a ir a un precio muy bajo", da cuenta de manera suficiente, por sí misma, del acuerdo anticompetitivo.
4. Por lo demás, la suficiencia probatoria de las conversaciones indicadas en los párrafos precedentes se mantiene cualquiera sea el estándar de convicción utilizado de entre aquellos aplicables en materia de libre competencia; esto es, prueba "clara y convincente" o "prueba preponderante".
5. En cambio, los demás hechos analizados tienen, a nuestro juicio, un carácter meramente complementario, por lo que sólo deben ser considerados como adicionales y contextuales, mas no necesarios para condenar, ni menos suficientes por carecer de la entidad requerida para ello.
6. Este es el caso, por ejemplo, de la prueba del tráfico de llamadas y mensajes de texto entre los señores Quiroga (gerente general de Baxter) y Ojeda (gerente general de Sanderson). Al analizar el 19 de julio de 2012 y constatar la

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL





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

existencia de siete llamadas o mensajes de texto, la Sentencia menciona que ello se trataría de un indicio de la existencia de prácticas anticompetitivas respecto de la Licitación Hospital. Estando de acuerdo con dicha deducción, esta prueba es muy débil si se considera que en seis oportunidades durante el segundo semestre de 2012 los mismos ejecutivos se contactaron en siete o más oportunidades en un mismo día. Una situación similar se observa al analizar el tráfico de llamadas y mensajes de texto en septiembre de 2012 y constatar la existencia de 23 llamadas o mensajes de texto en dicho mes, lo que la Sentencia califica de "tráfico alto". Tal calificativo resulta ser una prueba débil de prácticas anticompetitivas respecto de la Licitación Cenabast, ya que al mes siguiente Quiroga y Ojeda se contactaron en igual número de oportunidades.

7. Con todo, más relevante aún es la constatación de que, aplicando las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, existe al menos una explicación alternativa plausible para los aludidos contactos. En efecto, tal como señala en el considerando nonagésimo tercero de la Sentencia, Baxter argumentó que habría tres posibles explicaciones a los llamados: la compra de Baxa Corporation ("Baxa"); las roturas de stock de sueros y compras de productos oncológicos de parte de Sanderson a Baxter; y la participación de ambas requeridas en la asociación gremial que las reúne, Asilfa. Todas ellas son desechadas en la Sentencia bajo diferentes argumentos. No obstante, a nuestro juicio, la primera explicación no es implausible. La prueba da cuenta que, a diferencia de lo afirmado en la Sentencia, el tema de la compra de Baxa ya había sido comunicado a Quiroga el 16 de julio de 2012, por lo que desde esa fecha es plausible que comenzaran contactos entre las partes, pudiendo ser ello la causa de los siete contactos entre ambos ejecutivos el 19 de julio de 2012, o los 23 y 22 contactos entre ellos en los meses de septiembre y octubre del mismo año, respectivamente. Dado esto, no existen razones fuertes que permitan atribuir las llamadas a una causa colusiva. Por tanto, aun cuando las llamadas entre gerentes generales de empresas rivales deben suponerse a priori anticompetitivas, no es posible eliminar al menos una de las explicaciones alternativas planteadas por la defensa a este respecto.
8. Con todo, reiteramos que lo anterior no es en caso alguno un impedimento a la condena.
9. En segundo término, en lo que respecta ahora al análisis del poder de mercado, el modo en que ha sido hecho su análisis es, a nuestro juicio, contradictorio con

**ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL**





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

los precedentes más recientes en la materia; innecesario en este caso (al menos en la forma y con el detalle que ha sido llevado a cabo); y riesgoso en términos de política de competencia.

10. En efecto, el poder de mercado deriva de la sola circunstancia de que dos rivales lleguen a un acuerdo sobre una variable competitiva relevante. Como se ha sostenido en la Sentencia N° 148/2015, relativa precisamente a una colusión en licitaciones, en estos casos la determinación de dicho poder debe realizarse teniendo en cuenta las características propias de los procesos de compra (c. 55°), siendo innecesario, como se muestra en esa misma sentencia, definir un "mercado relevante" para efectos de establecer las posibilidades que tienen otros competidores de disciplinar el comportamiento de los agentes económicos coludidos.
11. Como cuestión previa general, se debe considerar que lo relevante en una licitación es el conocimiento y expectativas que los agentes posean, al momento del acuerdo, quienes pretenden intervenir en ella de manera colusoria. Tratándose de una licitación de sobre cerrado de un producto definido en las bases del proceso —es decir, un producto homogéneo—, en donde cada firma desconoce los costos de sus rivales, los oferentes tendrán un cierto nivel de poder de mercado que depende negativamente del número de potenciales oferentes. Así, en tanto dos o más oferentes se coludan, ellos ofertarán un precio más alto en equilibrio, haya o no más potenciales oferentes en la licitación; por lo que, de resultar ganadores, habrán acrecentado su poder de mercado. Tal aumento en el poder de mercado es mayor conforme menos oferentes se espere que participen de la licitación (Marshall, R. y L. Marx, *The Economics of Collusion*, The MIT Press, 2012, pp. 173-176). Por esto, un acuerdo entre dos oferentes en una licitación, como el acreditado en el presente caso, sólo se explica si confiere a las partes poder de mercado —o, más propiamente, "más" poder de mercado, pues "en la práctica casi todas las firmas tienen algún grado de poder de mercado técnico" (Kaplow, L. y C. Shapiro, "Antitrust", cap. 15 en *Handbook of Law & Economics* [Polinsky, M. y S. Shavell, eds.], vol. 2, Elsevier, 2007, pp. 1073 y ss., en p. 1079).
12. En términos más generales, un acuerdo entre dos rivales tiene racionalidad económica sí y sólo si esos rivales esperan que el proceso competitivo al que lleva la posterior licitación les entregue un precio esperado mayor al que obtendrían compitiendo; lo que, a su vez, sólo se explica si los agentes

**ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL**





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

coludidos no esperan razonablemente que otro rival oferte en condiciones competitivas en dicha licitación. Por el contrario, si el acuerdo no les confiriera poder de mercado, ello sería porque los partícipes esperan que otro rival oferte en condiciones competitivas, impidiéndoles ganar la licitación una vez hayan perfeccionado el acuerdo.

13. Como queda en evidencia, el análisis del poder de mercado en casos de licitaciones no requiere de una definición del mercado relevante, el cual es un instrumento innecesario para mostrar que los acuerdos entre Baxter y Sanderson efectivamente les confirieron poder de mercado.

14. Por último, y coherente con lo indicado en los párrafos anteriores, desde el punto de vista de la política de competencia, utilizar el mercado relevante como un proxy para arribar al poder de mercado, en la forma en que ha sido hecho en la Sentencia, implica riesgos severos de que litigantes, en casos claros de colusión, intenten centrar la argumentación en la amplitud de dicho mercado y no, como corresponde, en quienes son competidores y cuáles de ellos han formado un acuerdo. En otras palabras, utilizar la herramienta del mercado relevante implica confundir un análisis de la ilicitud con un análisis de los efectos en el mercado derivados de ella. Aun cuando la legislación hoy ha variado, es importante reiterar la jurisprudencia asentada en la materia.

Notifíquese y archívese, en su oportunidad,

Rol C N° 321-2017



Three handwritten signatures in black ink. The signature on the right is more legible and appears to read 'María de la Luz Domper Rodríguez'.

Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales, Sra. Daniela Gorab Sabat y Sra. María de la Luz Domper Rodríguez.

No firma el ministro señor Tapia, por estar haciendo uso de su feriado legal, sin perjuicio de haber concurrido a la vista y acuerdo de la causa.

Autorizada por la Secretaria Abogada María José Poblete Gómez.



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

