



Suprema mantiene fallo que condenó a laboratorio por colusión en licitaciones de suero fisiológico

El máximo tribunal del país mantuvo la sentencia que condenó a la empresa Industrial y Comercial Baxter de Chile Limitada por infracción a la libre competencia, pero modificó el programa de cumplimiento que deberá realizar el laboratorio para evitar futura

Fuente: elperiodista.cl

“Que, en consecuencia y ajustando la exigencia impuesta a la realidad societaria de la reclamante, se dispondrá que la obligación contenida en las letras a) y b) del motivo 225° de la sentencia impugnada, será reemplazada por la siguiente: ‘Dentro de los 30 días hábiles contados desde que esta sentencia quede ejecutoriada, los actuales socios de Baxter, debidamente representados, deberán nombrar un Oficial de Cumplimiento, encargado de velar especialmente por el respeto de las normas de defensa de la libre competencia al interior de la empresa. El Oficial de Cumplimiento será designado y removido de común acuerdo por los socios y deberá desempeñarse a tiempo completo en tal cargo, reportando sus acciones directamente a dichos socios. El nombramiento podrá recaer en un trabajador de la empresa y deberá, en todo caso, ser informado a la FNE, la cual deberá otorgar su aprobación de forma previa a que el Oficial comience a prestar sus funciones’”, se ordena.

Finalmente, y en la medida que el grado de poder de mercado lo justifique y existan recursos suficientes para ello, el encargado de llevar a cabo y velar por la correcta implementación del Programa de Cumplimiento debiese gozar de plena autonomía e independencia dentro de la empresa (por ejemplo, respondiendo directamente al Directorio y exhibiendo causales de remoción definidas con precisión)’ (punto III, acápite N°4, pág. 9)”, cita la sentencia.

Es necesario que los cargos gerenciales, y el Directorio del agente económico (en lo que les corresponda) participen activamente en la creación, implementación y desarrollo del Programa de Cumplimiento. Solo mediante su participación se logra transmitir el real y profundo mensaje de compromiso de cumplimiento y acatamiento de la normativa de libre competencia a los demás trabajadores.

“Enseguida, la exigencia central de la FNE en cuanto al compromiso de la empresa en cuestión, requiere ‘la participación de los altos ejecutivos y Directores de la empresa, la cual no puede limitarse sólo a la decisión de adoptar un Programa de Cumplimiento.

“Sin embargo –razona–, lo anterior no puede erigirse como una circunstancia que impida la adopción de medidas concretas para la prevención de nuevas conductas anticompetitivas. En efecto, si se atiende al propio documento que es citado por la sentencia impugnada, esto es, la Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia, emitida por la FNE, ella considera que ‘todo Programa debe siempre ser hecho a la medida de cada empresa, en atención a diversos factores y, especialmente, a: el tamaño del agente económico; características y peculiaridades de éste; mercado en el que participa; grado de influencia que ejerce dentro del mercado en que participa (Poder de mercado)’ (punto II, pág. 6)”.

“En este sentido –prosigue–, no existe controversia en que la empresa requerida, cuya razón social es Industrial y Comercial Baxter de Chile Limitada, se estructura bajo la forma de una sociedad de responsabilidad limitada, de modo que no cuenta con un directorio que goce del poder para su administración y, tal como explica la reclamante, no le es posible la constitución de un Comité de Cumplimiento en los términos del artículo 50 bis de la Ley N°18.046”.

“Que, si bien conforme a lo razonado, esta Corte estima que la adopción del Programa de Cumplimiento impuesto por la sentencia impugnada resulta necesaria, no es menos cierto que ella debe ajustarse a la estructura societaria de la empresa concernida, puesto que de otro modo resulta imposible -o a lo menos muy gravosa- su implementación práctica, lo cual podría traducirse en una pérdida de su eficacia preventiva”, advierte la Corte Suprema.

La sentencia de la Tercera Sala, si acogió la reclamación presentada por Industrial y Comercial Baxter de Chile Limitada, en orden a modificar el programa de cumplimiento incluido en la sanción, debido a la estructura societaria de la empresa como sociedad de responsabilidad limitada.

Programa de cumplimiento

Así el abuso está dado por el acuerdo de perjudicar a los licitantes y obtener un beneficio propio”, detalla el fallo.

En la licitación Hospital, de haberse cumplido el acuerdo, se habría comprado a \$290, en circunstancias que el precio competitivo era \$281.

Que, en consecuencia, por la vía del acuerdo, las requeridas aumentaron su poder de mercado, puesto que influyeron en una variable relevante por la vía de un actuar objetivamente capaz de producir un efecto anticompetitivo. En otras palabras, en ambas licitaciones el pacto resultaba apto para generar una variación en el precio, lo cual resulta particularmente grave en la Licitación Cenabast, donde la Administración se vio impedida de adquirir a \$264, comprando finalmente a \$275.

Por su parte, en la Licitación N°2, si Baxter hubiera presentado aquella oferta que, según se acreditó, vino preparando hasta la fecha en que decidió no participar, también habría sido adjudicada con su precio de \$264 -según las planillas- o \$270 -según afirmó Nicole Valenzuela en la conversación interceptada- por cuanto B. Braun ganó el proceso con un precio de \$275. Lo anterior debe entenderse, además, en un escenario en el que las requeridas no consideraban a B. Braun como un actor relevante y, si bien se trataba de una entidad habilitada para presentar ofertas, históricamente lo había hecho a un precio mayor, de modo que no se esperaba razonablemente que entregara un precio distinto a aquel que pretendían fijar las sancionadas.

“Que, teniendo presente lo anterior, se ha logrado establecer que los dos actores más grandes de este mercado arribaron a un acuerdo que, en tal calidad, resultaba apto para influir eficazmente en los resultados de los dos procesos licitatorios. En efecto, en la Licitación N°1, si Socofar -en cumplimiento del acuerdo arribado por el gerente de Baxter- no hubiera presentado su oferta, se habría adjudicado Sanderson, puesto que era aquel oferente que seguía en puntaje (88 puntos, en relación a 90 que obtuvo Socofar), con un precio de \$290.

Para la Corte Suprema, el acuerdo alcanzado por las dos empresas más grandes del mercado chileno de suero fisiológico, también les permitió aumentar su poder y control de provisión.

“Que, tal como lo acreditó la FNE acompañando la base de datos respectiva, los participantes relevantes en el mercado del suero fisiológico fueron siempre Baxter y Sanderson, quienes se adjudicaron casi la totalidad del monto licitado por el sector público entre julio 2009 y junio de 2012, concentrando la primera un 23,6% del total y la segunda un 66,5%, mientras que luego viene B. Braun con un 6,91%. Lo anterior demuestra que se trata de un mercado concentrado, lo cual se evidencia del acertado análisis que practica el TDLC en orden a que, revisados los procesos licitatorios de distintas cantidades, fueron adjudicadas en su mayoría, ya sea a Baxter, Sanderson y en muy menor cantidad, a B. Braun”, asevera la sentencia.

“La demanda, por su parte, no goza de los caracteres de elasticidad que pudieran darse en otros mercados, por cuanto la entidad licitante requiere para su adecuado funcionamiento una cantidad determinada de productos y, en esa posición, únicamente se encuentra posibilitada de obtener el mejor precio posible, pero no de variar la cantidad del producto requerido o reemplazarlo por algún sustituto (...). Tal característica de permanencia implica que la participación de mercado debe necesariamente medirse en volumen de ventas por un período de tiempo determinado”, razona la sentencia.

La resolución agrega que: “En efecto, la propia Baxter ha indicado que, para la fijación de precios y en el marco del estudio que se realizaba para determinar el valor a ofertar -ya sea por ésta o por Socofar- se valía de la información pública, consistente en los valores que habían sido ofertados por sus competidores en procesos licitatorios anteriores, lo cual da cuenta de la influencia que lo ocurrido en procesos pretéritos tenía para aquellos actuales”.

“Que, cuando se trata del mercado de las licitaciones públicas, corresponde considerar también que el ente licitante reviste una

posición especial, de demandante permanente de productos, puesto que el aprovisionamiento de medicamentos e insumos médicos no es uno que se agote en la sola licitación en cuestión, en tanto es sabido que en el futuro habrá nuevos procesos licitatorios donde, en general, los oferentes se repiten”, sostiene el fallo.

Asimismo, el máximo tribunal consideró las especiales condiciones de mercado de las licitaciones públicas de salud, las que no gozan de la elasticidad que caracteriza a la demanda en otros mercados.

“Que, en consecuencia, para ambas licitaciones existe prueba que, si bien es indirecta, analizada en su conjunto y a la luz de las reglas de la sana crítica, resulta clara y concluyente para determinar que entre las requeridas existió un acuerdo tendiente a afectar los resultados de dos licitaciones, en orden a que éstas fueran adjudicadas por Sanderson, lo cual se explica en el vínculo que existió entre ambos gerentes, destinado a mantener el control del mercado de provisión de suero fisiológico e impedir que a éste ingresara, de una manera relevante, el competidor B. Braun con su producto Ecoflac”, sostiene el fallo.

En la sentencia, el máximo tribunal establece que se encuentra suficientemente probada la conducta de los laboratorios sancionados con la prueba recabada y aportada por la Fiscalía Nacional Económica.

En la sentencia (causa rol 16.986-2020), la Tercera Sala del máximo tribunal –integrada por los ministros Sergio Muñoz, María Eugenia Sandoval, Arturo Prado, María Angélica Repetto y Leopoldo Llanos– confirmó la sentencia impugnada, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en la parte que condenó a la reclamante y a Laboratorios Sanderson S.A. (que no recurrió), a pagar una multa de 200 UTA (unidades tributarias anuales) cada una, por coludirse con el objetivo mantener el control de la provisión de suero fisiológico.