

Santiago, siete de septiembre de dos mil doce.

Vistos:

I.- Identificación del proceso.

En estos autos contenciosos rol N° 2578-2012, Farmacias Cruz Verde S. A. y Farmacias Salcobrand S. A., han interpuesto recursos de reclamación contra la sentencia N° 119/2012 de 31 de enero de 2012 dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

II.- Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica.

El procedimiento de autos se inició por requerimiento formulado por la Fiscalía Nacional Económica (FNE) en contra de Farmacias Ahumada S. A. (FASA o Ahumada), de Farmacias Cruz Verde S. A. (Cruz Verde) y de Farmacias Salcobrand S. A. (Salcobrand).

La pretensión tuvo por objeto que el tribunal declare que las requeridas desarrollaron actuaciones que constituyen infracción a lo previsto en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, en particular su letra a) del inciso segundo. La conducta imputada consiste en la ejecución de hechos y celebración de actos y convenciones que tuvieron por objeto y efecto fijar concertadamente el alza del precio de venta a público de productos farmacéuticos, impidiendo, restringiendo o entorpeciendo la libre competencia.

Los fundamentos del requerimiento son los siguientes:

1.- Las tres cadenas de farmacias requeridas representaban en conjunto más del 90% de las ventas minoristas de productos farmacéuticos.

2.- El mercado presenta condiciones de entrada desfavorables. Se requiere de una cadena de farmacias para desafiar a las requeridas.

3.- Durante el año 2007 las requeridas desarrollaron una competencia de precios a la baja o "guerra de precios" a través de fuertes campañas publicitarias, incluyendo en éstas comparaciones de precios, determinaciones de precios que las llevaron a iniciar acciones ante los tribunales. Dicha situación derivó en reducción de márgenes de comercialización, incluso llegando a ser negativos. La guerra de precios afectó en particular a los productos Farma (productos farmacéuticos para consumo humano) que cumplían la condición de ser éticos y notorios y capaces de inclinar las preferencias de los consumidores hacia una u otra cadena de farmacias en virtud de su mayor o menor precio.

4.- En tal contexto, ingresó a la propiedad de Salcobrand, Juan Yarur S.A.C., con lo que la empresa se fortaleció e inició un proceso de posicionamiento de marca.

5.- Hacia fines de noviembre del año 2007 las tres requeridas decidieron poner fin a la guerra de los precios. Para resarcir las pérdidas producidas, las cadenas de farmacias se coordinaron para alzar los precios de los productos que presentaron las mayores rebajas.

6.- Para tal efecto, las requeridas confeccionaron listas de medicamentos de diversos laboratorios farmacéuticos que presentaron problemas de rentabilidad y así evaluaron cuáles serían parte del acuerdo.

7.- Las requeridas se coordinaron para alzar los precios de determinados medicamentos a nivel de los precios de venta a público sugeridos por los laboratorios (PPVS).

8.- Las cadenas de farmacias pusieron de cargo de los laboratorios la coordinación y monitoreo de las alzas de los medicamentos.

9.- El acuerdo comenzó a ejecutarse en diciembre de 2007. El alza escalonada y sistemática de precios duró hasta abril de 2008, época en la cual fueron citados a declarar ante la Fiscalía Nacional Económica los gerentes generales y comerciales de las implicadas.

10.- En cada ocasión se incrementó significativamente el precio del mismo grupo de medicamentos en porcentajes homogéneos y hasta en idéntico precio, en el mismo día o con un rezago mínimo de días.

11.- Los precios de compra de los medicamentos, objeto del requerimiento, no sufrieron variación superior al 1% durante el periodo de colusión.

12.- El alza de precios de los medicamentos en cuestión alcanzó en promedio de incremento un 48%, llegando en no pocos casos a más del 100%.

13.- Las cadenas de farmacias a causa del acuerdo colusorio aumentaron en más de \$ 27.000.000.000 sus ingresos brutos.

14.- Por el acuerdo de colusión las requeridas unieron su poder de mercado y abusaron de él.

15.- El acuerdo de precios alcanzó a 222 medicamentos que corresponden a 36 categorías de productos farmacéuticos según la definición elaborada por IMS Health.

16.- Los referidos medicamentos presentan casi nula sustitución.

17.- La transparencia del mercado facilita la colusión, pues permite el monitoreo y castigo del incumplimiento del acuerdo.

18.- El beneficio económico obtenido por el aumento de precios representa el 2,8% de las ventas de Farmacias Ahumada S. A. en el año 2007, el 4% de las ventas de Cruz Verde y el 3,1% de las ventas registradas por Salcobrand.

III.- Decisión del Tribunal de Defensa de la Libre

Competencia:

En la sentencia el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) resolvió:

1.- Rechazar las tachas opuestas por Farmacias Cruz Verde S. A. y por Farmacias Salcobrand S. A. en contra del testigo Jaime Trewik Burle;

2.- Rechazar las objeciones de documentos planteadas por Farmacias Salcobrand S. A., a fojas 599, y por Farmacias Cruz Verde S. A. a fojas 603;

3.- Rechazar las excepciones opuestas por Farmacias Cruz Verde S. A.;

4.- Acoger el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica en contra de Farmacias Cruz Verde S. A. y de Farmacias Salcobrand S. A., declarando que éstas se coludieron para alzar los precios de al menos 206 medicamentos en el periodo comprendido entre diciembre de 2007 y marzo de 2008, en infracción al artículo 3º, inciso segundo, letra a) del Decreto Ley N° 211; y ordenar, a cada una de las requeridas, poner término al acuerdo constitutivo de tal infracción, si éste persistiere;

5.- Condenar a las requeridas Farmacias Cruz Verde S. A. y Farmacias Salcobrand S. A. al pago de una multa, a

beneficio fiscal, de veinte mil Unidades Tributarias Anuales cada una;

6.- Rechazar las restantes medidas y sanciones solicitadas en los numerales 3 y 4 de la parte petitoria del requerimiento;

7.- Condenar a las requeridas al pago de costas.

IV.- Principales fundamentos de la sentencia recurrida que acoge el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica.

Considera que las denunciadas Farmacias Ahumada S. A., Farmacias Cruz Verde S. A. y Farmacias Salcobrand S. A. se coludieron para alzar los precios de al menos 206 medicamentos en el periodo comprendido entre diciembre de 2007 y marzo de 2008, conducta que constituye infracción al artículo 3º, inciso segundo letra a) del Decreto Ley N° 211. Los principales fundamentos en virtud de los cuales el Tribunal de Defensa de la Libree Competencia sentenció de la manera que se ha consignado son los siguientes:

1.- Se estableció la colusión entre las tres más grandes cadenas de farmacias del país para subir concertadamente los precios de a lo menos 206 medicamentos entre diciembre de 2007 y marzo de 2008.

2.- La colusión tuvo la aptitud causal para restringir gravemente la libre competencia en el mercado relevante. Dicha restricción efectivamente se produjo.

3.- El mecanismo de colusión, en la mayoría de las alzas coordinadas, consistió en que Salcobrand era quien en primer lugar aumentaba el precio, en segundo lugar Farmacias Ahumada, aproximadamente la mitad de las ocasiones y Cruz Verde en la otra mitad, concluyendo con el aumento de los precios en las tres cadenas de farmacias. El procedimiento se denomina "1 - 2 - 3", sin perjuicio de observar patrones diferentes al denominado mecanismo en algunas alzas puntuales.

4.- Cruz Verde cotizó consistentemente los medicamentos en Salcobrand a partir del día anterior a aquél en que aumentaba el precio de cada uno de ellos.

5.- Farmacias Ahumada consistentemente inició su patrón de mayor intensidad de cotizaciones el mismo día del alza iniciada por Salcobrand.

6.- Tales patrones de comportamiento de cotizaciones son anómalos y distintos de las políticas normales de monitoreo seguidas en fechas diferentes de aquellas en las que se verificaron las alzas de precio.

7.- Cruz Verde y Farmacias Ahumada contaban con información previa sobre el día en que Salcobrand alzaría el precio de cada medicamento, para así ser capaces de monitorear el alza y luego replicarla en forma rápida y efectiva.

8.- Esa correlación temporal no es consistente con un escenario de competencia oligopolística, sino que con un escenario colusivo.

VII.- Reclamaciones.

En contra de la sentencia del Tribunal de Defensa la Libre Competencia se dedujo recurso especial de reclamación por Farmacias Cruz Verde S. A. y Farmacias Salcobrand S. A., elevando los autos a esta Corte Suprema para su conocimiento y resolución.

Encontrándose la causa en estado, se trajeron los autos en relación.

Se procedió a la vista de los recursos, efectuando sus alegaciones orales en estrados los representantes de las partes.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Reclamación presentada por Farmacias Cruz Verde S. A. El recurso se funda, en síntesis, en los siguientes argumentos:

1.- Prejuzgamiento del tribunal. A partir de la aprobación de la conciliación entre la Fiscalía Nacional Económica y Farmacias Ahumada S. A., el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia adquirió la convicción que se cometió el hecho denunciado en el requerimiento. A partir de ello transgredió diversas garantías, tales como el derecho a un

justo y racional procedimiento, el derecho al debido proceso, la igualdad de armas, la presunción de inocencia y el derecho a ser juzgado en mérito de la prueba que emana del expediente. Además, la aprobación importó una manifestación del dictamen sobre la cuestión pendiente con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia. Asimismo, se utilizaron parcial y arbitrariamente elementos del proceso, se rechazaron probanzas aportadas o solicitadas por Cruz Verde, se decretaron diligencias de oficio, se excluyó prueba exculpatoria y se empleó prueba espúria. Las anomalías son consecuencia del rol investigador e inquisitivo que asumió indebidamente el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

2.- Falta de congruencia procesal y vulneración al derecho a defensa. Indica que la Fiscalía Nacional Económica modificó la tesis colusoria expuesta en el requerimiento, mientras que el tribunal terminó condenando por la comisión de hechos distintos a los del requerimiento respecto a los cuales no pudo defenderse. Puntualiza que el denominado mecanismo de alza de precios "1-2-3" no se encontraba contenido en el requerimiento.

3.- Equivocada definición del mercado relevante. Afirma que el tribunal contrarió sus sentencias anteriores en causas vinculadas con la misma industria, que vinculaban el mercado

relevante al principio activo o finalidad terapéutica. Asimismo, reclama que los productos farmacéuticos en cuestión tienen sustitutos. Menciona que el fallo se equivocó porque el alza de ingresos no determina per se inelasticidad de la demanda, de hecho para Cruz Verde el alza de precios determinó una baja en las ventas a consecuencia de la sustitución y elasticidad cruzada de la demanda. Por otra parte, no tiene base probatoria el predicamento de que, aun si existiera algún grado de sustitución, un altísimo porcentaje de los clientes que migren de medicamento seguirán adquiriendo el sustituto en las empresas acusadas. Si se acepta el mercado relevante de la forma definida por la sentencia se tendría que el acuerdo colusorio es inidóneo para provocar efectos anticompetitivos por la baja incidencia de los productos respecto del mercado total de medicamentos vendidos por Cruz Verde, tanto en unidades vendidas como en valor de venta.

4.- No hay prueba de que Cruz Verde haya intervenido en la colusión.

A) Confesión de Farmacias Ahumada S. A. Expresa que no procedía considerar las declaraciones contenidas en la conciliación como prueba testimonial contra las demás requeridas. Además, concurrían circunstancias que determinaban que las declaraciones de Farmacias Ahumada

carecían de la imparcialidad exigible al testigo. Por otra parte, se contradice lo resuelto por la Corte Suprema al rechazar los recursos de reclamación contra la resolución aprobatoria de la conciliación. Finalmente, hace presente que el acuerdo de conciliación se basó en un cronograma de precios que el propio fallo expresa que no utilizará.

B) Declaraciones de ejecutivas de Farmacias Ahumada. El tribunal no pudo considerar las declaraciones prestadas por tres ejecutivas de Farmacias Ahumada, sin fecha, tipeadas y preparadas por abogadas de la misma cadena de farmacias. Agrega que esas declaraciones no tienen el carácter de prueba testimonial. Además, las versiones carecen de imparcialidad atendidas las circunstancias que hace presente y son contradictorias con las prestadas ante la Fiscalía Nacional Económica.

C) Declaración reservada de un ejecutivo de Farmacias Ahumada. Afirma que el fallo no pudo considerar como testimonial ese tipo de declaración, puesto que no se rindió en el proceso. Además, no pudo generar credibilidad porque fue prestada en el marco de colaboración a que se obligó Farmacias Ahumada en la conciliación y emana de un ejecutivo de alto rango de dicha empresa, quien participó junto a los abogados de la compañía en el acuerdo de conciliación.

D) Otras declaraciones. La reclamación se refiere y critica la ponderación relativa a las declaraciones de las siguientes personas: a) Jaime Trewik, ejecutivo de Farmacias Ahumada; b) de Gonzalo Izquierdo; y c) de Marcelo Flores.

E) Los correos electrónicos. Alega que respecto de Cruz Verde sólo existe un correo que se refiere a esta empresa que versa sobre un producto que no fue objeto del requerimiento y que no tuvo alzas significativas de precio. Por otra parte, el fallo se equivoca al aludir a un correo electrónico como indiciario de colusión, aseverando que fue enviado a Cruz Verde en circunstancias que fue remitido a Farmacias Ahumada.

F) El informe pericial. La reclamante reprocha que pese a que el fallo expresó que prescindirá de éste como elemento probatorio de la colusión, en diversos considerandos lo utiliza para acreditar o desvirtuar determinadas circunstancias relativas a la conducta denunciada.

G) Tablas y cuadros sobre movimientos de precios elaborados por el tribunal. Alega que se produjo esta prueba en la sentencia, circunstancia que le generó indefensión. Cuestiona que se consideró como base del análisis el precio moda de venta diario, incurriendo en un sesgo de selección y sin tener en cuenta la dispersión de precios de los medicamentos en este mercado. Critica que el fallo no haya analizado las cotizaciones de precios realizadas por

Salcobrand a Cruz Verde y Farmacias Ahumada. Otro factor de reproche lo configura la omisión de comparar los movimientos y secuencias de alzas de precios y cotizaciones fuera del periodo investigado. También manifiesta reparo por no examinar las cotizaciones respecto de productos que no formaron parte del requerimiento. Asimismo, hace notar que existen numerosos errores y vacíos de tiempo en las tablas. Expone que no se consideró el fenómeno de predicción de conductas que son propias o connaturales a la interdependencia oligopolística. Finalmente señala que la sentencia es confusa en determinar cuál es el efectivo mecanismo colusivo.

5.- Falta de fundamentación económica. Cruz Verde alega que no se consideró como fundamento de su comportamiento el paralelismo en los precios y seguidor de éstos. El tribunal sólo analizó episodios en que las cadenas de farmacias realizaron movimientos al alza, dejando fuera aquellas ocasiones en las cuales no reaccionaron al incremento del precio. Además no consideró que los precios se diferenciaron en periodos sucesivos e inmediatos.

6.- Inexistencia de rentas monopólicas. Alega que la sentencia reconoció que el acuerdo denunciado no habría tenido por objeto obtener importantes rentas monopólicas, asumiendo que hubo beneficios por las alzas de precios sin

cuantificarlas y realizando un cálculo de ingresos de las requeridas sin atender a su situación individual. Reclama que no se compararon recaudaciones con un periodo comparable, ni se tomó en cuenta la inflación, ni que los márgenes de comercialización siguieron siendo bajos.

7.- Apreciación sobre la dificultad de obtener prueba escrita. El tribunal no apreció debidamente la declaración de la ejecutiva Solange Suárez, ya que ella se refirió a las listas enviadas por los laboratorios a las farmacias y no a listas de alzas de precios. Además se extractó a conveniencia la declaración del testigo Sebastián Stevenson, pues él no declaró que Cruz Verde dejara de mandar mails o contestar llamadas durante el periodo cubierto por el requerimiento.

8.- Explicaciones alternativas. Fundamenta su posición en que la prueba demuestra el comportamiento de Cruz Verde por posicionarse como la cadena de farmacias más barata conforme a su política de seguidor de precios. Además acompañó informes económicos, los cuales daban cuenta de la pertinencia de las hipótesis alternativas a la colusión.

10.- El fallo no abordó la prueba exculpatoria. Nombra correos electrónicos y declaraciones de ejecutivos de las cadenas de farmacias y de los laboratorios que no fueron considerados por el Tribunal.

11.- No concurren los elementos del tipo. Alega que no se probó el acuerdo colusorio, la generación de poder de mercado en virtud del acuerdo y que se abusó de aquel. Tampoco se demostraron conductas voluntarias y dolosas. Se exigía analizar en cada uno de los mercados relevantes del producto si existe poder de dominio o si éste se alcanzó por medio del acuerdo y se abusó de él. Aun aceptando la definición del tribunal de mercado relevante, la conducta denunciada sería inidónea para provocar los efectos señalados en la norma legal por cuanto los medicamentos no son líderes en sus categorías, existiendo sustitutos de cada uno de ellos.

12.- Determinación del monto de la multa. Expresó respecto a esta materia que los criterios establecidos por la ley no fueron aplicados correctamente, además de no encontrarse probados los supuestos en que se apoyaron. Por otra parte, alegó que el juicio de reproche debió ser distinto respecto de la cadena Salcobrand, ya que la diferencia de evidencia probatoria es abismante. Finalmente, se infringe la regla de proporcionalidad en relación al beneficio otorgado a Farmacias Ahumada, siendo que ésta es la instigadora de las conductas.

13.- Condena en costas. Cruz Verde aduce que debió ser eximida del pago de las costas.

14.- Vulneración de normas básicas del debido proceso.

Funda esta alegación en los siguientes motivos: a) El tribunal hizo uso extensivo de la facultad del artículo 22 inciso 2° del D.L. N° 211 al decretar de oficio un peritaje, solicitar información constante al Ministerio Público y citar a 9 testigos; b) El tribunal negó improcedentemente acceder a la absolución de posiciones del Fiscal Nacional Económico; y c) Se impidió a su parte ejercer derechos procesales respecto de la prueba de peritos.

Solicita que se deje sin efecto la sentencia recurrida, declarando que se rechaza el requerimiento deducido por la Fiscalía Nacional Económica contra Cruz Verde y que por consiguiente se deja sin efecto la multa. En subsidio, pide que se rebaje sustancialmente dicha sanción y se deje sin efecto la condena en costas.

SEGUNDO: Reclamación de Farmacias Salcobrand S. A. El recurso se apoya en los siguientes fundamentos:

1.- Infracción al principio de congruencia y vulneración del derecho a defensa. Salcobrand fundamenta la alegación en que la Fiscalía Nacional Económica alteró los hechos que constituyen el elemento típico de la infracción nueve veces. A su vez, el fallo elaboró una nueva hipótesis referida a la coincidencia de las cotizaciones con las alzas de precios. No pudo defenderse de ello como mecanismo específico y prueba

del alza coordinada de precios. El fallo debió sólo comprobar las acusaciones de colusión de alzas de precio a través de las sugerencias de los laboratorios coordinadas por medio de la entrega de listas de precios.

2.- Los hechos denunciados no se acreditaron.

A) Respecto del acuerdo de conciliación. Alega que dicho acuerdo no da cuenta de los hechos denunciados, sino a lo más de una tentativa de colusión de Farmacias Ahumada, en que ésta reconoce hechos personales. El acuerdo de conciliación no constituye un medio de prueba legal y es ideológicamente falso. Reclama que tal acuerdo está viciado de nulidad por objeto ilícito y falta de causa. Además la declaración de Farmacias Ahumada carece de imparcialidad en razón de las circunstancias que menciona. Asevera que la confesión de Farmacias Ahumada a lo más podría considerarse un indicio, jamás prueba testimonial.

Critica además que al cronograma de alzas de precios se le asignó valor en diversos considerandos y en numerosas tablas, aseverando que la objeción documental debió ser acogida, sin perjuicio que dicho instrumento no dio cuenta de los hechos acusados. También asegura que la objeción de las fotocopias de boletas y comprobantes de ventas de medicamentos debió ser acogida.

B) La prueba testimonial. Las declaraciones escritas de Paula Mazzachiodi, Alejandra Araya y Lissette Carrasco, ex ejecutivas de Farmacias Ahumada, son textos preparados por abogadas de dicha compañía y son contradictorias con las declaraciones prestadas ante la Fiscalía Nacional Económica. Hace presente además diversas circunstancias que afectaron la independencia de los testimonios. También reclama que aquellas declaraciones no revisten el carácter de prueba testimonial. Ante cuatro declaraciones contradictorias el fallo escoge la prestada "ante los abogados de FASA", sin reparar en que dos o más declaraciones de un mismo testigo, ratificadas por éste, y contradictorias entre sí, simplemente se anulan.

Enseguida, hizo presente que es inconcebible dar el carácter de prueba testimonial a declaraciones de personas que no se identificaron y prestadas fuera del tribunal, algunas ni siquiera ratificadas y otras respecto de las cuales no se dio a su parte la oportunidad de confrontarlas, como la declaración reservada ante el Ministerio Público de un alto ejecutivo de Farmacias Ahumada (Alejandro Roseblatt) y de una profesional que trabajaba en la misma cadena (Inger Dahl, a esa fecha Fiscal de Farmacias Ahumada).

En cuanto a la declaración de Jaime Trewik, de ella no puede desprenderse la existencia de una colusión, sólo se

refiere a un aumento de encuestas especiales en ciertas circunstancias. Tampoco el fallo se refiere a su declaración ante la Fiscalía Nacional Económica.

Respecto de las declaraciones de Ángel Seara, asegura que el testigo niega la existencia del acuerdo colusorio.

En lo concerniente a las declaraciones de Marcelo Flores, el fallo recurre a citas parciales.

El fallo invoca las declaraciones de Gonzalo Izquierdo, pero no consideró lo que señaló ante la Fiscalía Nacional Económica y obtiene conclusiones de su testimonio que se apoyan en una creencia o suposición.

En relación a las declaraciones de Solange Suárez, Category Manager de Cruz Verde, prestadas ante la Fiscalía Nacional Económica, indica que el fallo recurrió a citas parciales para tergiversar su alcance. Igualmente obtiene conclusiones infundadas en lo concerniente al testimonio de Sebastián Stevenson.

Destaca que la sentencia ignoró las declaraciones de 31 testigos, acordes con la tesis de la tentativa de colusión de parte de Farmacias Ahumada.

C) Los correos electrónicos. Enseguida la reclamante analiza una serie de correos electrónicos internos de Salcobrand y otros enviados por ejecutivos de laboratorios a dicha empresa y a las otras cadenas denunciadas, concluyendo

que no constituyen antecedentes que den cuenta del ilícito denunciado.

D) Tablas y cuadros de movimientos de precios.

Salcobrand desarrolla un conjunto de reproches respecto a la elaboración de las tablas de movimientos de precios y de coincidencias con las cotizaciones.

E) El informe pericial. En lo concerniente a este medio de prueba la reclamante formula una serie de alegaciones relativas al procedimiento de designación y a la inhabilidad de los peritos designados. Asimismo, criticó el contenido del informe en cuanto a la metodología empleada por los peritos y las conclusiones a las que arribó.

F) Informes de expertos. Salcobrand se apoya en los informes de expertos acompañados para fundar las hipótesis alternativas a la colusión y que no fueron considerados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

3.- Explicación alternativa a la tesis de colusión.

Menciona que las alzas de precios obedecieron al resultado de estrategias competitivas independientes en un ambiente de interdependencia oligopolística tendientes a rentabilizar su negocio, subiendo unilateralmente el precio a medicamentos que se comercializaban con muy bajo margen o margen negativo. Afirma que el fallo omitió consideraciones respecto a la estructura y características de este mercado, en el que

existe un contacto permanente e informado con los laboratorios. Además plantea que se demostró la presencia de una serie de factores adicionales o plus factors que son indicadores de la existencia o no de un acuerdo de colusión.

4.- Las sugerencias de precios de los laboratorios aludidos en los correos no fueron seguidas por Salcobrand en la mayoría de los casos.

5.- Ausencia de rentas monopólicas. Afirma que no concurre en la especie la existencia de una renta monopólica. Añade que tampoco se cuantificaron los beneficios económicos que se habrían obtenido con la supuesta infracción en forma individual.

6.- Determinación del mercado relevante. Indica que el mercado relevante no fue determinado correctamente, llamando la atención que respecto de los 222 medicamentos no es posible agruparlos en ninguna categoría definida. Afirma que es falso que los medicamentos éticos sean de difícil y costosa sustitución. Asimismo, el fallo desconoció los criterios aplicados por el mismo Tribunal en otros casos.

7.- Vicios que afectan el proceso. Fundamenta esta aseveración en el atentado contra diversos principios: de inocencia, debido a los prejuicios difundidos por la Fiscalía Nacional Económica, las autoridades del Poder Ejecutivo y recogidos por la prensa; de objetividad, cuando la Fiscalía

Nacional Económicacontraviene su deber de investigar con ecuanimidad tantos los hechos que inculpan como aquellos que exculpan; y de congruencia. Puntualiza que el fallo no hizo un análisis racional e independiente de los antecedentes que se hicieron valer, refiriéndose en términos generales a las alegaciones y defensas de las requeridas.

8.- No concurren los elementos del tipo infraccional.

Alega a este respecto que no se probó el acuerdo de colusión, el nexo causal que exige la ley, la renta monopólica, ni el elemento subjetivo y tampoco se especificó el objeto del acuerdo y su sustrato fáctico. Agrega que no hay una conducta antijurídica, según lo explicado a propósito de las explicaciones alternativas.

9.- Determinación del monto de la multa. Expresa que se desatendieron los parámetros fijados en la ley o no se aplicaron correctamente. Alega además que los supuestos de hecho en que se apoyaron los fundamentos del fallo para explicar el importe de la multa no se encuentran acreditados. Expone también que la multa debió ser igual a la aplicada a Farmacias Ahumada S.A., sin perjuicio que ésta tiene un grado de responsabilidad mayor si se considera su carácter de instigadora.

10.- Condena en costas. Salcobrand solicita se declare que cada parte pague sus costas.

Solicita que se modifique la sentencia, absolviendo a Salcobrand de todo cargo, multa y otra condena, o reduciendo las mismas, con costas.

TERCERO: Aspectos a resolver por esta Corte Suprema. En la parte expositiva se hizo referencia a lo que fue el requerimiento y decisión del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Igualmente se han expuesto las principales impugnaciones de las requeridas, las que fueron sostenidas en las alegaciones verbales en estrados y respondidas por el representante de la Fiscalía Nacional Económica, de todo lo cual corresponde a esta Corte Suprema hacerse cargo de los reproches formulados por las reclamantes, los que se pueden resumir en los siguientes puntos:

- 1.- Infracción al principio de congruencia procesal.
- 2.- Concepto del mercado relevante de autos.
- 3.- Nulidad del acuerdo de conciliación.
- 4.- Valor probatorio del acuerdo de conciliación.
- 5.- Prejuzgamiento del TDLC.
- 6.- Valor de declaraciones de las ejecutivas de Farmacias Ahumada.
- 7.- Mérito de declaraciones de testigos cuyos nombres no son señalados por el fallo recurrido.
- 8.- Valor probatorio de las declaraciones de testigos.
- 9.- Apreciación de los correos electrónicos.

10.- El informe pericial. Alegaciones de carácter procesal.

11.- Análisis de los elementos del tipo de colusión.

12.- La multa.

13.- Las costas.

CUARTO: Principio de congruencia procesal. Alegaciones de las partes. Cruz Verde sostiene que la Fioscalía Nacional económica modificó la tesis colusoria expuesta en el requerimiento y el tribunal hizo lo mismo, condenando por la comisión de hechos distintos respecto a los cuales no pudo defenderse.

A su turno, Salcobrand reclama que la Fiscalía Nacional Económica alteró los hechos que constituyen el elemento típico de la infracción a lo largo del proceso, pudiendo reconocerse 9 versiones de los hechos, agregando que el tribunal estableció una nueva hipótesis referida a la coincidencia de las cotizaciones con las alzas de precios.

QUINTO: Consideraciones sobre el principio de congruencia. Esta Corte ha señalado que el principio de congruencia, rector de la actividad procesal, de acuerdo a la doctrina comparada, se basa en diversos fundamentos, ámbitos de aplicación y objetivos. Primeramente, busca vincular a las partes y al juez al debate y, por tanto, conspira en su contra la falta del necesario encadenamiento de los actos que

lo conforman, a los que pretende dotar de eficacia. Por tanto, se trata de un principio que enlaza la pretensión, la oposición, la prueba, la sentencia y los recursos, al mismo tiempo que cautela la conformidad que debe existir entre todos los actos del procedimiento que componen el proceso. Si bien, la doctrina enfatiza los nexos que han de concurrir entre las pretensiones sostenidas por el actor y la sentencia, la vinculación resulta de importancia tratándose de la oposición, la prueba y los recursos, encontrando su mayor limitación en los hechos, pues aunque el órgano jurisdiccional no queda circunscrito a los razonamientos jurídicos expresados por las partes, ello no aminora la exigencia según la cual el derecho aplicable debe enlazarse a las acciones y excepciones, alegaciones y defensas que las partes han sostenido en el pleito.

Siempre discurriendo sobre la directriz de la congruencia, el Diccionario de la Lengua Española define esa voz como: "Conformidad de extensión, concepto y alcance entre el fallo y las pretensiones de las partes formuladas en el juicio".

En relación a ella, ya el derecho romano la recogía y expresaba: "sententia debet esse conformis, libello; ne eat iudex, ultra, extra aut citra petita partium; tantum legatum quantum iudicatum; iudex iudicare debet secundum allegata et

probatia parlium" ("la sentencia debe estar conforme con la reclamación escrita, para que el juez no vaya más allá, fuera o más acá de las demandas de las partes; tanto lo imputado como lo sentenciado; el juez debe juzgar de acuerdo con las razones alegadas y probadas por las partes") (Hugo Botto Oakley, La Congruencia Procesal, Editorial Libromar Ltda., pág. 151).

De igual forma, resulta oportuno señalar que en el derecho comparado se ha resuelto que la congruencia consiste en el deber de los órganos judiciales de decidir los litigios sometidos a su consideración, dando respuesta a las distintas pretensiones formuladas por las partes a lo largo del proceso, a todas ellas, pero sólo a ellas, evitando que se produzca un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones.

En doctrina, en tanto, se encuentran diferentes definiciones, las cuales resaltan los elementos a los que cada autor otorga una mayor preponderancia. A modo de ejemplo: para Hernando Devis Echandía es: "El principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes, para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones y excepciones o defensas oportunamente

aducidas, a menos que la ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas." (Teoría General del Proceso, pág. 433); según el tratadista Jaime Guasp: Es la "conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan este objeto" (Derecho Procesal Civil, Civitas Ediciones, pág. 517, citado por Hugo Botto Oakley, La Congruencia Procesal, Editorial Libromar Ltda., Ob., pág. 121); mientras que en palabras de Pedro Aragoneses Alonso: "Es, pues, una relación entre dos términos, uno de los cuales es la sentencia misma y, más concretamente, su fallo o parte dispositiva, y otro, el objeto procesal en sentido riguroso; no, por lo tanto, la demanda, ni las cuestiones, ni el debate, ni las alegaciones y las pruebas, sino la pretensión procesal y la oposición a la misma en cuanto la delimita o acota, teniendo en cuenta todos los elementos identificadores de tal objeto; los sujetos que en él figuran, la materia sobre que recae y al título que jurídicamente lo perfila" (Sentencias congruentes. Pretensión, oposición, fallo., pág. 11, Citado por Botto, Ob.cit. pág. 122).

En nuestro ordenamiento no existe un conjunto de disposiciones que regulen la institución en referencia, la estructuren en sus presupuestos y efectos, pero no por ello

es desconocida, por cuanto distintas normas se refieren a ella, sea directa o indirectamente, tal como es el caso de los distintos preceptos que regulan el contenido de las sentencias (Art. 26 Decreto Ley 211, cuyo texto refundido fue fijado por el D. F. L. N° 1 del Ministerio de Economía de 2005, versión de 2009).

Así entonces, del sano entendimiento y armonía de lo que se lleva dicho, emana como conclusión que, inclusive en las consideraciones de derecho que efectúe el tribunal, puede existir contravención al principio de congruencia, infracción que se produce si se desatiende el objeto y la causa de la litis. De esta forma, la libertad del juez para interpretar y aplicar el derecho ha de circunscribirse a los dictados del principio en alusión, el cual le otorga el marco de su contenido.

Por otra parte, si bien es cierto que el acto jurisdiccional se identifica con la decisión que se contiene en la parte resolutive de la sentencia, no lo es menos que su argumentación o razonamientos, son los que legitiman la determinación del juez y le sirven de necesario fundamento, cuya ausencia lleva a calificar su dictamen de arbitrario.

En cuanto a los efectos que genera la transgresión de la congruencia, aquéllos se sitúan en la teoría de la nulidad procesal, que permite invalidar los actos que la

contravienen. Según lo reflexionado en los motivos precedentes, una sentencia deviene en incongruente en caso que su parte resolutive otorgue más de lo pedido por el demandante o no otorgue lo solicitado, excediendo la oposición del demandado o, lo que es lo mismo, se produce el señalado defecto si el fallo no resuelve los puntos objeto de la litis o se extiende a puntos que no fueron sometidos a la decisión del tribunal. Lo anterior, dado que el objeto de la función jurisdiccional no es simplemente resolver la litis y decidir la existencia del derecho que se pretende o, en el caso de autos, dar por establecida la conducta reprochada, sino que, además, precisar si la situación de hecho que genera el litigio se encuentra establecida, para luego efectuar la determinación legal de sus elementos, precisar su calificación jurídica y los efectos que produce.

En este sentido, se puede expresar que efectivamente en lo dispositivo de la sentencia corresponde decidir la pretensión, constituida por el requerimiento al órgano jurisdiccional y la oposición al mismo, integrada por la negación de los hechos, la participación en los mismos, la falta de concurrencia de un factor de imputación o elementos de la conducta que se imputa, como la falta de presupuestos legales, y, sobre la base de su acreditación, llegar a sostener causales de exención, exclusión, extinción,

justificación o atenuación de responsabilidad, conforme a las argumentaciones que las respaldan, pero también teniendo presente la forma en que se ha ejercido la defensa respecto de unas y otras, la que, junto a las alegaciones y defensas, constituye la forma en que se desarrolla la controversia a lo largo del curso del procedimiento; parámetro que se mantiene luego, al argumentarse el agravio al interponer los recursos judiciales que sean procedentes.

De lo anterior se colige que la sanción a la falta de congruencia tiene en su raíz la garantía que el mencionado principio significa para los litigantes y el límite que supone para el juez, otorgando seguridad y certeza a las partes al precaver una posible arbitrariedad judicial. Por lo mismo, constituye un presupuesto de la garantía del justo y racional procedimiento, que da contenido al derecho a ser oído o a la debida audiencia de ley. Estos derechos y garantías fundamentales no sólo se vinculan con la pretensión y oposición, sino que con la prueba y los recursos. En fin, se conectan con los principios que fundan el proceso.

SEXTO: Congruencia en el proceso contencioso administrativo-económico sancionador. La congruencia adquiere diferentes exigencias específicas en lo relativo al proceso sancionatorio, puesto que se le vincula a la cosa juzgada, respecto de los elementos que debe tenerse presente al

momento de estudiar su concurrencia. En este sentido no cabe duda -y así lo afirman los autores- que las reglas del proceso civil acerca de la triple identidad no le son aplicables, puesto que las normas sancionatorias razonan siempre sobre la base del hecho que constituye el ilícito y la persona responsable de éste. La cosa juzgada, "por el alto rango de su finalidad (que es) mantener ...la certidumbre del derecho" (R. Fontecilla, Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo III, pag.178) lleva a este mismo autor a sostener "que es de la esencia de la cosa juzgada es no decidir dos veces lo mismo" (op. cit., tomo III pág. 229), por lo que siguiendo al tratadista Marcade, dejó claramente establecido que "la misión de los tribunales del crimen es decidir si el hecho que se reprocha al inculpado existe y si el reo es el autor, y si el hecho le es imputable desde el punto de vista de la ley penal" (Op.cit., LIII 1, pag.222). De lo expuesto, deduce el distinguido tratadista que la excepción de cosa juzgada - la acción corresponde al Estado, como único titular del *ius puniendi*- "puede ser declarada de oficio por el juez o hacerse valer cuando entre el nuevo juicio y el anterior haya: a) Identidad de hechos punibles; b) Identidad entre los sujetos activos del delito" (op. cit. Tomo III, pag.232).

Para que pueda aplicarse la cosa juzgada en un proceso administrativo-económico sancionador tiene que producirse una

doble identidad: del hecho punible y del actual procesado. Dicho en otros términos, si entre ambos procesos el hecho investigado y el requerido es el mismo, existirá cosa juzgada. En cualquiera de estos casos se podrá alegar, en el nuevo procedimiento, la excepción de cosa juzgada. Pero si el antecedente fáctico o el requerido difieren, no se producirá cosa juzgada. Es así que una misma persona podrá ser imputada por diferentes situaciones fácticas y, de la misma forma, se podrá investigar respecto de un mismo hecho la responsabilidad de diferentes personas. Sin perjuicio de lo anterior, se propenderá a investigar en un mismo proceso la responsabilidad de todas las personas involucradas en relación a un mismo suceso, como de todos los hechos en que ellas tengan participación.

De esta forma la congruencia procesal en un juicio administrativo-económico sancionador deberá establecerse en relación a la identidad respecto de los dos elementos antes indicados: hechos y requeridos.

SEPTIMO: Cumplimiento del principio de congruencia. La sentencia congruente sólo responde a la exigencia de validez de la misma y a ningún otro aspecto relacionado con la justicia o verdad representada en la decisión jurisdiccional.

En efecto, en lo relativo a un proceso sancionatorio, resulta indispensable que se dé a conocer la conducta

reprochada, la cual constituye el centro del litigio: el requirente destinará sus esfuerzos para acreditar sus extremos y el imputado para desvirtuar los antecedentes que se esgrimen en su contra. Las distintas circunstancias que rodean el hecho pueden ser determinantes sólo en la medida que tengan influencia en la decisión fundamental del tribunal y que se reflejen, en alguna forma, en lo dispositivo del fallo. Se precisa que los requeridos tengan pleno conocimiento de las conductas que se les atribuyen. Pero lo anterior no impide que el Tribunal pueda expresar las argumentaciones que sean procedentes en su concepto para fundar su determinación, sobre todo cuando el legislador le impone emitir un parecer fundado, tanto en los hechos como en el derecho, además de las argumentaciones de carácter económico, consustanciales a la materia de que conoce el Tribunal.

Es necesario tener presente que tales requerimientos los formula el legislador al Tribunal en el artículo 26 del Decreto Ley 211, lo cual no impide que el Tribunal desarrolle su propia línea argumental, todo lo contrario, el legislador propende a ella y, por lo mismo, la requiere. No se llega a una exigencia extrema como en el derecho procesal penal, en el que debe litigarse respecto de cada elemento del ilícito y de las circunstancias que pueden incidir en la pena.

En el Derecho Administrativo-Económico y en este caso en torno a la libre competencia, es relevante sostener que las partes y el Tribunal quedan vinculados a los hechos en que se sustenta la controversia, los cuales han sido precisados en todos sus contornos en el requerimiento, cual es que las cadenas de farmacias imputadas acordaron alza de precios de, a lo menos, 206 medicamentos - pues indicó 222 -, entre el mes de diciembre de 2007 y marzo de 2008. La forma en que se procedió a concretar esta acción pasa a formar parte de los antecedentes de hecho, que el requirente debe acreditar y los imputados desvirtuar, para dejar en manos del Tribunal fundar su determinación en los extremos en que formó su convicción. En esta labor de argumentación el Tribunal tiene autonomía respecto de lo sostenido por las partes, pues solamente le ata dar respuesta a los planteamientos del requerimiento y de la oposición, pero no limitada a una opción, como tampoco únicamente respecto de aquellos que le formulan las partes.

OCTAVO: Núcleo de la conducta imputada por la Fiscalía Nacional Económica. El requerimiento deducido por la Fiscalía Nacional Económica atribuyó a las tres cadenas de farmacias denunciadas la ejecución y celebración de hechos, actos y convenciones que tuvieron por objeto y efecto fijar el alza, concertadamente, del precio de venta a público de 222

productos farmacéuticos, impidiendo, restringiendo o entorpeciendo la libre competencia.

En lo específico, se dio por establecido por el Tribunal que entre diciembre de 2007 y abril de 2008 las tres cadenas de farmacias con mayor participación de mercado, llegaron a un acuerdo que tuvo por objeto coordinar y fijar el alza de precio de venta al público de 206 medicamentos, utilizando para ello a los laboratorios proveedores de los productos y que tuvo la aptitud de lesionar la libre competencia, teniendo en consideración que en su gran mayoría se trataba de remedios éticos y notorios, circunstancias todas las cuales les permitieron extraer el excedente al consumidor. Por medio de este acuerdo las requeridas unieron su poder de mercado y abusaron de él.

NOVENO: Sustento legal de la conducta imputada. La Fiscalía Nacional Económica solicitó al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que se declare que las requeridas cometieron la infracción prevista en el artículo 3° del D.L. N° 211, y, en particular, la descrita en la letra a), esto es:

"El 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, será sancionado con las medidas señaladas en

el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran”.

DECIMO: Resolución que recibe la causa a prueba y sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Es necesario, además, consignar que a fojas 842 el Tribunal fijó como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos los siguientes:

1.- Estructura, funcionamiento y características del o los mercados de distribución minorista de medicamentos y de sus mercados conexos, y relaciones contractuales y de propiedad entre los actores de dichos mercados, todo ello en el periodo comprendido entre enero de 2002 y la fecha de interposición del requerimiento de autos. Hechos y circunstancias.

2.- Existencia de un acuerdo en relación con el precio de los 222 medicamentos indicados en el requerimiento de autos y sus anexos, en el que habrían estado involucradas, entre los meses de noviembre de 2007 y abril de 2008, Farmacias Ahumada, Cruz Verde y Salcobrand. Características, partícipes, circunstancias, objeto y efecto actual o potencial de dicho acuerdo.

A su turno, la sentencia recurrida estableció en el considerando 191 que se "acreditó la colusión entre las tres más grandes cadenas de farmacias, para subir concertadamente los precios de a lo menos 206 medicamentos", conducta "que se produjo a lo menos entre los meses de diciembre de 2007 y marzo de 2008; que dicha colusión tuvo la aptitud causal para restringir gravemente la libre competencia en el mercado relevante y que dicha restricción efectivamente se produjo."

Diferentes argumentaciones sostienen la referida conclusión. Unas generales consistentes en el análisis de los antecedentes:

1.- La prueba rendida en el procedimiento, consistente en documental que acredita directamente la colusión, la que está contenida principalmente en los correos electrónicos aportados a los autos, como la prueba testimonial, además del análisis de los datos de venta, precios de venta y cotizaciones agregados al expediente, todo lo que es

concordante entre sí, en especial con los correos electrónicos y la prueba testimonial;

2.- La confesión de Farmacias Ahumada en la conciliación cuyos términos constan en autos, y

3.- Esta abundante prueba no fue desvirtuada por evidencia alguna en contrario, puesto que solamente se trató de establecer, por la defensa de las requeridas, que las alzas registradas "podrían ser compatibles también con una hipótesis de interdependencia oligopolística, además de serlo con la hipótesis de colusión", defensa esta última que es descartada, por cuanto "el mero hecho de plantear una hipótesis alternativa al acuerdo no puede tener efecto jurídico ante la prueba directa de que la colusión existió".

Otras argumentaciones son más específicas:

4.- Exposición de la constatación del comportamiento de precios. Observación de tablas de comportamiento de precios respecto de los distintos medicamentos objeto del requerimiento, conforme a lo cual se concluye que el patrón que describe el fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, observado en 206 de los 222 medicamentos objeto del requerimiento - relación temporal entre una mayor intensidad de cotización y las fechas de alza de precios a público final -, descartando solamente trece medicamentos objeto del requerimiento, los que menciona;

5.- Control del acuerdo. Análisis de la prueba acompañada por Farmacias Ahumada, consistente en cotizaciones que dan cuenta de dos tipos de tablas: Encuestas Regulares y Encuestas Especiales, en que las primeras se practican con periodicidad estable y en las segundas consta información de cotizaciones realizadas en otros días no cubiertos por las anteriores y que coinciden plenamente con los días exactos de alzas de precios, circunstancia que en concepto del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia "sólo se explica si existió comunicación previa, directa o indirecta, entre las requeridas". Tales encuestas se explican en el fallo acudiendo a los dichos del testigo de la Fiscalía Nacional económica Jaime Trewik. A lo anterior se agrega que los medicamentos que indica la sentencia sólo encuentran registro en las Encuestas Especiales, por lo que éstas constituyen el monitoreo al cumplimiento del acuerdo de precios;

6.- Mecanismo de alza. Se observa un notorio aumento en la intensidad de las cotizaciones por parte de Farmacias Ahumada y Cruz Verde, cuyos datos permiten reflejar y tabular el comportamiento en una tabla, la cual muestra los distintos tipos de alzas observadas. Señala el Tribunal: "En esta tabla, un 'alza 1-2-3' corresponde a un caso en que una compañía sube el precio un día, siendo seguida por una segunda compañía en un día diferente, y luego siendo seguida

por la tercera cadena de farmacias. Un alza '1-2' es un caso en que una empresa aumenta el precio de un medicamento un día, y las otras dos empresas suben de precio en un día posterior - para ambas el mismo día -. Por último, un 'alza 2-1' es una en que dos farmacias suben el precio de un medicamento al mismo nivel el mismo día, y la tercera los sigue en un día posterior;" Luego el Tribunal confecciona una tabla en que se reflejan tales alzas, expresando a continuación que ésta confirma el mecanismo de colusión expuesto por la testigo Mazzachiodi, en el sentido que la mayoría de las alzas coordinadas, Farmacias Salcobrand era quien modificaba el precio en primer lugar, y que el segundo en subir el precio era, en aproximadamente la mitad de las ocasiones, Farmacias Ahumada, y en la otra mitad de las ocasiones, Cruz Verde. Sin perjuicio de observar patrones diferentes al denominado '1-2-3' en algunas alzas puntuales;

7.- Patrón de conducta derivado de diferentes circunstancias relacionadas con las cotizaciones. El Tribunal expone que las cotizaciones reflejan que Cruz Verde se informó insistentemente de los precios de los medicamentos en Salcobrand a partir del día anterior al inicio del alza de precios y que Farmacias Ahumada igualmente comienza, con mayor insistencia, este conocimiento el mismo día del alza de los medicamentos por Salcobrand, todo lo cual, junto a otros

antecedentes, lleva al Tribunal a reforzar su convicción que las cotizaciones del precio de los medicamentos en Farmacias Salcobrand por Farmacias Ahumada y Cruz Verde, no se trataba de una simple coincidencia, por cuanto estaba unida al alza de precios consiguiente de los medicamentos cotizados de manera casi simultánea a esta acción y al mismo precio que había subido Farmacias Salcobrand. Cotizaciones de Farmacias Ahumada y Cruz Verde en Salcobrand; intensidad de cotizaciones; aumento de los precios casi simultáneo luego de la cotización y nivel del aumento de los precios en los medicamentos precisamente consultados, constituyen patrones de conducta que reflejan comportamientos anómalos, diferentes del natural conocimiento de las alzas de precios de moda de venta, sin que representen una competencia en un mercado que concentra la oferta en un número reducido de empresas (oligopolio), sino únicamente refleja un escenario colusivo, "en el que tanto Cruz Verde como FASA contaban con información previa sobre el día en que Salcobrand iba a alzar el precio de cada medicamento, para así ser capaces de monitorear dicha alza, para luego replicarla en forma rápida y efectiva." Es por ello que descarta que dicho comportamiento sea reflejo de una conducta distinta al acuerdo colusivo.

Concluye el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que, por lo mismo, al apreciar las circunstancias que rodeaban las cotizaciones con los demás antecedentes del proceso, por medio de una ponderación comparativa de los medios de prueba, lleva al Tribunal a "descartar, sin lugar a dudas, la hipótesis de interdependencia oligopolística y dar, entonces, por plenamente acreditada la colusión".

De esta forma el Tribunal ha sostenido las argumentaciones que le llevaron a determinar los hechos del pleito, los que posteriormente califica.

En consideración a lo expuesto en los motivos precedentes, no es factible concluir que se haya infringido el principio de congruencia, en virtud de las siguientes razones:

1.- En el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica se describió el núcleo de la conducta denunciada, el cual es substancialmente idéntico al que estableció el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para condenar a las implicadas.

2.- Si bien la acción típica es descrita en detalle en el considerando 189 del fallo reclamado, al sentar el mecanismo o medio a través del cual se habría cometido el ilícito anticompetitivo, esa cuestión fáctica se encontraba comprendida en los hechos descritos en el requerimiento y en

los que se da cuenta la resolución que recibió la causa a prueba.

3.- El establecimiento de ciertas circunstancias accidentales o secundarias en la sentencia en ningún caso podría constituir una vulneración al principio en comento, pues el sustrato de la relación fáctica que configura el ilícito no fue alterado, según aparece de la relación del requerimiento, resolución que recibe la causa a prueba y la sentencia. Estas descripciones tienden a reflejar en mejor forma la manera como operó el acuerdo y la manera como las requeridas controlaban su desarrollo, sin que pueda argumentarse que ellas constituyen la conducta imputada, puesto que ésta podría haberse realizado mediante este procedimiento u otros que acordaran. Lo concreto es que, conforme a la prueba aportada y el análisis del Tribunal de tales antecedentes, se llegó a determinar este comportamiento de hecho, el cual entrega elementos para acreditar la conducta reprochada en el requerimiento y materia del auto de prueba.

4.- Las reclamantes conocieron desde el requerimiento que la conducta imputada decía relación con una operación de alza coordinada de precios de determinados medicamentos, la que funcionaba con una directriz general de movimientos de

precios de esos medicamentos, liderados por una cadena de farmacias y seguidos por las otras.

5.- En cuanto a las tablas elaboradas por el tribunal que revelarían coincidencias de movimientos de alzas de precios y de cotizaciones y más allá de la relevancia jurídica que pueda tener el planteamiento de los juzgadores, lo cierto es que constituye un estudio derivado de los antecedentes del proceso, correspondiendo expresamente a una fundamentación económica, por lo que corresponde a una argumentación comprendida en lo que son las reglas de la experiencia del tribunal, según lo ordena la legislación al imponer que la prueba se aprecia conforme a las reglas de la sana crítica. También puede indicarse que constituye una evidencia circunstancial económica de colusión y no propiamente en la determinación de la conducta ilícita, pues tiende a dejarla de manifiesto, pero sobre la base del análisis de la prueba ya aportada al proceso.

6.- La conducta denunciada no consistió en seguir únicamente las sugerencias de precios de los laboratorios, sino en lo que se ha venido señalado, a lo que se une el antecedente que en el propio requerimiento se hace referencia al hecho que el precio sugerido constituía un dato referencial.

UNDECIMO: Estándar de prueba. En este estado del análisis es necesario señalar que el grado de convicción que ha requerido esta Corte para sancionar un caso de colusión, es la existencia de una prueba clara y concluyente, lo cual deriva de la naturaleza de la sanción y su trascendencia concreta, como la que se prolongará en el mercado y que podrá determinar la conducta de los consumidores.

En doctrina se habla de dos formas de probar la existencia de la colusión, la denominada evidencia dura y la evidencia circunstancial.

La evidencia del primer tipo corresponde a pruebas materiales, como documentos, minutas, grabaciones, correos electrónicos que muestran claramente que ha existido comunicación directa entre empresas para acordar precios o repartirse el mercado. Puede resultar que una sola evidencia si es grave y precisa puede ser suficiente para lograr convicción del establecimiento de los hechos, por ejemplo, un solo correo.

La evidencia circunstancial emplea el comportamiento comercial de las firmas en el mercado, el cual se presume, se deduce o infiere.

En ocasiones, se considera que conductas paralelas tanto en precios como tipos de ofertas o bien negativas de venta, serían indicativas de un comportamiento coordinado.

Se desprende que existen dos tipos de evidencia circunstancial: la evidencia económica, como los movimientos en precios que no se encuentran vinculados a la variación de factores costos y demanda; y la evidencia de comunicación, como las conversaciones telefónicas o reuniones.

En conclusión, el acuerdo colusorio entre agentes económicos puede ser acreditado por prueba directa o indirecta.

DUODECIMO: Consideraciones acerca de la apreciación de la prueba. El inciso final del artículo 22 del D. L. N° 211 prescribe: "El Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica". Tal como se ha expuesto en fallos anteriores acerca del concepto de este sistema de valoración de la prueba (rol 396-2009) cabe señalar que para entender en toda su dimensión la labor del juez en torno a la apreciación de la prueba conforme a las normas de la sana crítica es necesario comprender que los sistemas probatorios han evolucionado, respondiendo al desarrollo cultural y la naturaleza de las materias, explorando la forma en que mejor se cumpla con la garantía del debido proceso al obtener la necesaria y suficiente argumentación de las decisiones jurisdiccionales. Es así como, en un sentido general, se ha considerado que la actividad probatoria consiste en proporcionar al órgano jurisdiccional los antecedentes

necesarios para establecer la existencia de un hecho, sea una acción u omisión. Las definiciones relativas al sujeto, objeto, medios y oportunidad en que debe ser proporcionada la prueba resultan determinantes a la hora de calificar el sistema, como también las etapas mismas de la actividad probatoria dentro del proceso, esto es, la ubicación del elemento de juicio; la proposición u ofrecimiento efectuado al tribunal; la aceptación que hace éste para que se incorpore al proceso, ordenando recibirlo; la producción o rendimiento del medio respectivo; su valoración individual como medio probatorio, tanto al verificar que las etapas anteriores se encuentran ajustadas a la ley, como a los aspectos sustantivos, evaluando su mérito o contribución en la búsqueda de la verdad; la ponderación de los elementos de juicio que constituyen un mismo tipo de medio probatorio; la misma ponderación comparativa de los diferentes medios, en conjunto; por último, la revisión que corresponde realizar de toda la actividad anterior por medio de los sistemas recursivos. Resalta en todo lo anterior la valoración individual y comparativa de los medios probatorios, labor que constituye su ponderación.

En una clasificación general de los sistemas se atiende en primer término a la reglamentación de los medios probatorios y se les califica de: a) Legal, cuando la ley los

señala expresamente, variando si son números cláusus o números apertus; b) Libre, al hacer el legislador una referencia general, sin mencionarlos expresamente o hacerlo a título referencial.

La regulación del valor probatorio enfrenta los sistemas de prueba: a) Legal o tasada, en que el legislador indica perentoriamente el valor de cada medio; b) Libre convicción, en que no se entregan parámetros rígidos de valor de los medios a los magistrados, los cuales expondrán los motivos por los cuales prefieren unos en desmedro de otros; c) Entregado a la conciencia del juzgador, en que se solicita que el medio probatorio produzca certeza en la esfera íntima del juez y éste exprese tales circunstancias; d) Sana crítica, se requiere que la persuasión que ocasiona el medio en el juez no se realice obedeciendo a cualquier fundamento, sino sobre la base de un análisis razonado que explicita el magistrado en su decisión, atendiendo a las leyes de la experiencia, la lógica y los conocimientos comúnmente afianzados.

Respecto de la ponderación de los medios probatorios o evaluación comparativa de los mismos, se considera a los sistemas: a) Legal, cuando el legislador efectúa una regulación en la valoración comparativa de un mismo medio probatorio y de éste con los demás medios reunidos en el

proceso, indicando la preeminencia o falta de valor en cada circunstancia; b) Intima convicción, cuando se entrega al magistrado realizar la ponderación comparativa para llegar a una decisión, exigiéndole solamente expresar las razones; c) Persuasión racional, la ley entrega al juez la competencia de asignar valor a los medios probatorios y preferirlos unos en desmedro de otros.

El legislador conjuga estas funciones relacionadas con la prueba; sin embargo, éste busca la fundamentación de los fallos y que esta argumentación sea congruente. La sana crítica viene a constituir un sistema que pretende liberar al juez de disposiciones cerradas, puesto que no siempre el seguirlas es garantía de justicia en las determinaciones jurisdiccionales, reaccionando en contra de la aplicación objetiva de la ley, impulsando al magistrado a buscar con determinación la verdad dentro del conflicto.

La sana crítica está referida a la valoración y ponderación de la prueba, esto es, la actividad encaminada a determinar primero los aspectos que inciden en la decisión de considerar aisladamente los medios probatorios, para precisar su eficacia, pertinencia, fuerza, vinculación con el juicio y cuanto pueda producir fe en el juzgador respecto de su validez y su contribución al establecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, esto es el mérito que puede

incidir en la convicción del sentenciador. Luego, en una valoración conjunta de los medios probatorios así determinados, extraer las conclusiones pertinentes en cuanto a los hechos y fijar la forma en que ellos sucedieron. En ambos escalones deberá tener presente el magistrado las leyes de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados en la comunidad en un momento determinado, por ello es que son variables en el tiempo y en el espacio, pero estables en el pensamiento humano y la razón. Este es el contenido de la sana crítica o su núcleo medular; son los aspectos que no pueden ser desatendidos.

El legislador en nuestro país ha expresado en diversas normas los elementos anteriores al referirse a la sana crítica. Al respecto ha señalado directamente su contenido, describiendo los elementos que la componen y en otras ocasiones se ha limitado a efectuar una referencia al concepto.

La Ley N° 18.287, sobre procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, en su artículo 14 expresa: "El Juez apreciará la prueba y los antecedentes de la causa, de acuerdo con las reglas de la sana crítica", agregando a continuación: "Al apreciar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas o

técnicas en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas y antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador”.

Por su parte el Código del Trabajo, en los artículos 455, 456 y 459 letra d), ordena: “El tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica”; “Al apreciar las pruebas según la sana crítica, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en cuya virtud les designe valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador”.

El Código Procesal Penal, dispone en su artículo 297: “Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de

aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo”.

La Ley 19.968, sobre procedimiento ante los Tribunales de Familia, en su artículo 32, estipula: “Valoración de la prueba. Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. La sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”.

En la Ley 18.101 sobre arrendamiento de predios urbanos, el artículo 8º, indica: “Los juicios a que se refiere el artículo anterior se regirán por las reglas siguientes: 7) La prueba será apreciada conforme a las reglas de la sana crítica. La prueba testimonial no se podrá rendir ante un tribunal diverso de aquél que conoce de la causa”.

Diversas otras disposiciones indican que la prueba se apreciará conforme a las reglas de la sana crítica, sin

establecer parámetros para ello, por cuanto se atienen a las normas antes transcritas, en las cuales se ha desarrollado su contenido. Efectúan esta referencia los artículos 50 B de la Ley 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores; 111 de la Ley 19.039, sobre Propiedad Industrial; 22 del Decreto Ley 211, sobre Libre Competencia; 425 del Código de Procedimiento Civil; 5° del Auto Acordado sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales.

En otras oportunidades el legislador hace aplicable tales disposiciones de manera indirecta, al ordenar que se rija el asunto por un procedimiento en que consultó esta regla, como ocurre con el artículo 33 de la Ley 19.537, sobre Copropiedad Inmobiliaria, que hace aplicable el procedimiento de los jueces de Policía Local; el artículo 1° de la Ley 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, que alude al procedimiento de los juzgados de familia.

Conforme a la enunciación que ha hecho nuestro legislador, se puede expresar:

a) La sana crítica compone un sistema probatorio constituido por reglas que están destinadas a la apreciación de la prueba rendida en el proceso, dirigidas a ser observadas por los magistrados.

b) Específicamente las reglas de la sana crítica imponen mayor responsabilidad a los jueces y, por lo mismo, una determinada forma en que deben ejercer sus funciones, que está referida a motivar o fundar sus decisiones de manera racional y razonada, exteriorizando las argumentaciones que le han provocado la convicción en el establecimiento de los hechos, tanto para admitir o desestimar los medios probatorios, precisar su validez a la luz del ordenamiento jurídico, como el mérito mismo que se desprende de ellos.

c) La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de todos los medios de prueba, explicitando aquellos mediante cuyo análisis se dieron por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

d) El análisis y ponderación de la prueba debe ser efectuado de manera integral, esto es, haciéndose cargo y examinando en la fundamentación destinada a la fijación de los hechos, de toda la prueba producida por las partes en el juicio, tanto en la que sustenta su convicción, como aquella que es descartada. Es más, bajo los principios de exclusión de la prueba en etapas anteriores a la sentencia, nada priva que el análisis se extienda a ellas, pero para el sólo efecto

de dejar constancia de la trascendencia de aquella determinación.

e) Los sentenciadores dejarán explicitadas en la sentencia las razones jurídicas, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados en cuya virtud le asignan valor o desestiman las pruebas.

f) Se agrega por el legislador la orientación que, en el ejercicio de la función reseñada, el sentenciador "deberá" tener especialmente en consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de la prueba rendida entre sí y de ésta con los demás antecedentes del proceso.

g) La explicitación en la aplicación de las reglas de la sana crítica está dirigida al examen de las partes y ciudadanos en general, como el control que eventualmente pudieran llegar a efectuar los tribunales superiores mediante la aplicación del sistema recursivo que cada materia o procedimiento contemple, en que debe revelar y conducir lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador en la ponderación de la prueba.

Resulta incuestionable el hecho que el legislador fijó su atención en dotar de garantías a las reglas de la sana crítica, con el objeto que fueran fácilmente observables.

Pero del mismo modo, el aspecto fundamental queda determinado en precisar en la sentencia "las razones jurídicas, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados" en cuya virtud le asignan valor o desestiman las pruebas rendidas en el proceso. Es el legislador el que se remite a tales parámetros, es él quien integra la ley con razones, principios, máximas y conocimientos. Por lo mismo su inobservancia, transgresión, equivocada aplicación o errónea interpretación puede dar origen a la interposición de los recursos que contempla la ley, puesto que cuando no se los cumple, no solamente se desobedecen sus determinaciones, sino que, además, se quebranta la ley, vulnerando las garantías que el legislador concede a las partes, con lo cual se contraviene el ordenamiento jurídico en general, ante lo cual el mismo legislador reacciona privando de fuerza y efectos a la determinación así alcanzada, en atención a que en último término se desatiende la soberanía y se afecta el estado democrático, constitucional y social de derecho. De esta manera, corresponde entrar a precisar el contenido de aquellos parámetros, con la finalidad de determinar su posible transgresión a los efectos de resolver el presente recurso de casación en el fondo, adoptando la decisión que resulte pertinente y adecuada.

La sana crítica determina su contenido, además de las razones jurídicas pertinentes, por las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, a los que se agregan las reglas de la psicología, pero que nuestro legislador ha omitido.

La lógica pretende distinguir entre los razonamientos correctos, de aquellos que no lo son, en cuyas proposiciones debe existir una vinculación racional, a las que se les denomina: Implicación, equivalencia, consistencia e independencia. La lógica formal origina las leyes: a) De la identidad, que pretende significar que si una proposición es verdadera, siempre será verdadera. La identidad de la persona o cosa es la misma que se supone; b) De la falta de contradicción, según la cual una proposición no puede ser verdadera y falsa al mismo tiempo. Dos juicios contrapuestos o contradictorios se neutralizan o destruyen entre sí. Dos juicios contradictorios no pueden ser simultáneamente válidos y que, por lo tanto, basta con reconocer la validez de uno de ellos para poder negar formalmente la validez del otro; c) De tercero excluido, en que una proposición no puede ser verdadera o falsa al mismo tiempo. Dos juicios contradictorios no pueden ser simultáneamente falsos y que, basta con reconocer la falsedad de uno de ellos para poder afirmar formalmente la validez del otro. Se presenta en los

casos en dónde un juicio de valor es verdadero y el otro es falso; y d) De la razón suficiente (para quienes no la consideran como parte integrante de la teoría de la demostración), cuya implicancia contempla que cualquier afirmación o proposición que acredite la existencia o no de un hecho, tiene que estar fundamentada o probada, pues las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia (Ver Nelson Pozo Silva, Argumentación de la sentencia penal, Editorial Puntolex).

Por su parte la experiencia, comprende por las nociones de dominio común y que integran el acervo cognoscitivo de la sociedad, las que se aprenden como verdades indiscutibles. Couture define las llamadas máximas de experiencia como "normas de valor general, independientes del caso específico, pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie" (Fundamentos de Derecho Procesal Civil, página 192); Friedrich Stein, expresa que éstas "son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos" (El conocimiento Privado del

Juez, página 27, citado por Joel González Castillo, Revista Chilena de Derecho, Vol. 33 N° 1, año 2006).

Existen ciertos elementos comunes a las máximas de experiencia: "1° Son juicios, esto es, valoraciones que no están referidas a los hechos que son materia del proceso, sino que poseen un contenido general. Tienen un valor propio e independiente, lo que permite darle a la valoración un carácter lógico; 2° Estos juicios tienen vida propia, se generan de hechos particulares y reiterativos, se nutren de la vida en sociedad, aflorando por el proceso inductivo del juez que los aplica; 3° No nacen ni fenecen con los hechos, sino que se prolongan más allá de los mismos, y van a tener validez para otros nuevos; 4° Son razones inductivas acreditadas en la regularidad o normalidad de la vida, y, por lo mismo, implican una regla, susceptible de ser utilizada por el juez para un hecho similar; 5° Las máximas carecen de universalidad. Están restringidas al medio físico en que actúa el juez, puesto que ellas nacen de las relaciones de la vida y comprenden todo lo que el juez tenga como experiencia propia" (Joel González Castillo, Revista Chilena de Derecho, Vol. 33 N° 1, año 2006).

Los conocimientos científicamente afianzados son diversos, pero se ajustan a conclusiones que se adquieren aplicando el método científico, el cual se caracteriza por

sus etapas de conocimiento, observación, planteamiento del problema, documentación, hipótesis, experimentación, demostración o refutación y conclusión: tesis o teoría. Los conocimientos científicos están asociados a las teorías y leyes de las diversas ciencias, las que se han construido mediante el método científico, el cual está caracterizado fundamentalmente por la demostración.

La diferencia entre la lógica formal con las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados está constituida porque la primera no requiere ser demostrada.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha dicho: "Que de lo razonado en los considerando quinto a noveno de esta sentencia aparece que los jueces del fondo, al apreciar la prueba, vulneraron las normas reguladoras establecidas en los artículos 455 y 456 del Código del Trabajo, toda vez que resulta contrario a la lógica formal, y en consecuencia a la sana crítica, sostener de una cosa lo que no es y, también, tener por verdaderos hechos deducidos a partir de hipótesis falsas, lo que se concretó al afirmar que un testigo dijo algo distinto a lo señalado en su declaración y al sostener que la absolvente no ha reconocido hechos que la perjudican, siendo evidente que sí lo hizo" (Corte Suprema, 4 de

noviembre de 2008, causa rol N° 5129-08, considerando décimo).

DECIMO TERCERO: Determinación del mercado. No existe discusión en cuanto a que las requeridas desarrollan, entre otras actividades, intermediación de productos farmacéuticos, específicamente la venta de remedios a consumidores finales. De la misma forma, Farmacias Ahumada S. A., Farmacias Salcobrand S. A. y Farmacias Cruz Verde S. A., constituyen las tres cadenas de farmacias más importantes en el país tanto por cobertura territorial como por la proporción de venta en el mercado farmacéutico, superior al 90% en todo el país.

Por otra parte, la mayoría de los medicamentos objeto de la acusación tienen la categoría de medicamentos éticos, esto es, aquellos cuya venta está precedida necesariamente de prescripción médica. A su vez, según el tratamiento de enfermedades para las cuales se suministran, éstos pueden ser: **a)** crónicos: destinados al tratamiento de enfermedades que requieren su consumo por un largo periodo de tiempo o por toda la vida de una persona, como los antidiabéticos, hipertensivos, antiepilépticos y **b)** agudos: aquellos cuyo uso es recetado para el tratamiento de una dolencia en particular por un determinado lapso de tiempo, como los antibióticos, antihistamínicos y antitusivos.

De esta manera se conjugan en las requeridas diferentes características en cuanto al mercado en su totalidad, en que el rubro farmacéutico ha adquirido un posicionamiento como nunca antes en su historia, con lo cual se ha transformado en un sector en que los agentes económicos asociados al área adquieren mayor importancia. Del mismo modo el aumento de la población, como de los adelantos, permite que la población acceda con mayor facilidad a las acciones de salud tanto pública como privada, a lo que se une el aumento en el promedio de vida de los habitantes e innovaciones permiten mayor especialización en la medicina y los procedimientos, con lo cual los medicamentos alcanzan una connotación particularmente importante en la sociedad.

Resulta pertinente tener en consideración que esta Corte Suprema ha tenido oportunidad de referirse al concepto de mercado relevante:

1.- Destaca entre las sentencias la pronunciada en los autos rol N° 8077-2009, con fecha siete de julio de dos mil diez, que incide en los autos seguidos a TELEFÓNICA MÓVILES DE CHILE S.A., en que se expresa que para los efectos de esa causa, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia consideró que el mercado relevante del producto es el mercado de terminación de llamadas fijo-móvil on-net conexo al servicio de telefonía móvil. Respecto de esta materia el

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia analizó, dentro de la esfera de sus atribuciones, la naturaleza de los servicios prestados tanto por las demandantes como por la demandada, estableciendo cuáles son sus características principales, los mercados relevantes de esas prestaciones y si Telefónica tenía una posición de dominio en estos mercados. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia concluyó que es posible distinguir dos mercados que se encuentran relacionados: el mercado de servicios de telefonía móvil y el mercado de servicios de terminación de llamadas fijo-móvil on-net, los que tienen como característica principal el ser conexos, esto es, que el segundo no podría existir sin el primero. Agregó que el mercado de telefonía móvil se caracteriza por la participación de sólo tres actores relevantes, dentro de los cuales se encuentra Telefónica -que es el principal operador- no sólo porque cuenta con mayor participación en dicho mercado que el resto sino porque además tiene una red de mayor extensión y con un mayor número de abonados. Que por su parte el mercado de terminación de llamadas -donde participan las demandantes y las empresas de telefonía móvil- se caracteriza por la participación de empresas que ofrecen este servicio mediante equipos conversores o bien mediante la conexión vía enlace

dedicado de la central telefónica del cliente con las estaciones bases de las empresas de telefonía móvil.

Siendo un hecho irrefutable la existencia de este mercado relevante, se debe concluir que respecto de él Telefónica tiene una participación activa, cuestión que se puede afirmar a partir de dos circunstancias que le otorgan un poder evidente, a saber, su condición de actor dominante y su titularidad de un bien que constituye un insumo esencial del servicio, a saber, los minutos de telefonía móvil.

Respecto de este tema la propia Fiscalía Nacional Económica, entidad a la que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto Ley N° 211 dentro de sus atribuciones le corresponde dar aplicación a la ley de la materia para el resguardo de la libre competencia en los mercados, ha señalado que **se entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulta probable ejercer a su respecto poder de mercado.** Para prestar el servicio de conversión de llamadas resulta imprescindible contratar el suministro telefónico de las redes de telefonía que se utilizan como plataformas, esto es, no como usuario final sino como un insumo dentro de la cadena productiva. En este sentido resulta de importancia que en la actualidad existan sólo tres

operadores de telefonía móvil con redes, de las cuales Telefónica es la que ha generado la mayor red con un 45% del tráfico, lo que le confiere poder de mercado respecto de los usuarios de la red, en particular las empresas de celulines que requieren acceder a las tres redes para operativizar el negocio. En consecuencia, el mercado relevante al caso estaría formado por los servicios de gestión de llamadas telefónicas de salida hacia la misma red móvil de destino.

Se pueden advertir así los distintos aspectos que corresponde considerar a la hora de precisar el mercado relevante, los que están relacionados con la naturaleza del negocio, porción geográfica, como otros aspectos más específicos, por lo que resulta importante hacerlo caso a caso, los lineamientos generales solamente es posible tenerlos presente en esa determinación.

2.- En este sentido se encuadra lo resuelto en los autos rol N° 6.155-07, sentencia de treinta de enero de dos mil ocho, pronunciada con motivo de la demanda deducida por Laboratorio Especialidades Farmacéuticas Knop Limitada en contra de Laboratorio Maver Ltda., que en la determinación del mercado relevante se compartió el criterio del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en el sentido que es aquél compuesto por los productos farmacéuticos expectorantes y antitusivos, atendiendo a la dolencia o enfermedad

específica que se pretende aliviar con ellos, concepto que incluye todos aquellos productos que son sustitutos lo suficientemente próximos para entender que compiten entre ellos (considerando 16).

3.- Del mismo modo se resuelve en los autos rol 2.763-2005, sentencia de veintisiete de septiembre de dos mil cinco, LABORATORIO LAFI LTDA., en contra de LABORATORIO PFIZER CHILE S.A., en que se indica que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en el motivo noveno de su determinación señala que se trata en la especie de medicamentos destinados a tratar los niveles anormalmente altos de colesterol clase C10H1, o bien sólo aquellos que contienen estatinas como principio activo en el mercado farmacéutico nacional o, restringiendo al máximo la definición del mercado relevante, el de los medicamentos destinados a tratar algunos tipos de trastornos en los niveles de colesterol en la sangre, cuyo principio activo es la atorvastatina, ya sea en su conformación molecular cristalina o amorfa, comercializados en el país. Más adelante el fallo entra a discernir acerca del mercado relevante del producto y al respecto sostiene que la información es insuficiente porque en dicho mercado fluyen otros productos que estarían relacionados con el colesterol y que en dicho estado, en el motivo undécimo, se remite al mercado relevante

de las atorvastatinas comercializadas en el país, por lo que en relación al producto Lipitor, luego de considerar el volumen de ventas, no encuentra acreditado que la evolución de la participación de mercado de Pfizer en el de la atorvastatina muestre una tendencia significativa al alza en el período analizado y que no es posible concluir que la demandada detentara, una posición dominante en el mercado en cuestión y que la difusión de los tres folletos que motivaron la demanda fuere idónea para alcanzarla. Por ello considera que no se ha establecido la existencia de una publicidad que haya tenido como objeto o efecto alterar la libre competencia en el mercado relevante. (Considerandos duodécimo y decimotercero).

4.- Rol N° 6.615-2010. Sentencia de catorce de enero de dos mil once, dictada en los autos sobre requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital, se expresa que la reclamante en cuanto a los argumentos de fondo impugna las consideraciones de la sentencia relativas al establecimiento del mercado relevante, al poder de mercado que se le atribuye, a las variaciones en las tarifas de los servicios, al no estudiar ni establecer con detalle los recorridos que realizan los competidores, al sistema de rotación y la supuesta discriminación arbitraria en que habría incurrido, a

las prácticas de hostigamiento y al acuerdo de tarifas que se le imputa, argumentos todos que se analizarán a continuación. Respecto de esta materia la Corte razona (13) Que la determinación del mercado relevante que ha hecho el Tribunal no necesariamente debe estar circunscrita a aquel que señalan las partes en sus escritos de discusión. En efecto, de acuerdo al artículo 2 del Decreto Ley N° 211 corresponde al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en la esfera de sus respectivas atribuciones, dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados. Por su parte el artículo 1° del mismo texto legal dispone que los atentados a la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en la ley. Ello significa que dado el bien jurídico protegido -la libre competencia en los mercados- corresponde al Tribunal la correcta determinación de este mercado, lo que podrá realizar precisamente en el momento en que tiene a su disposición todos los argumentos y pruebas allegados por las partes; y desde esa perspectiva más amplia que aquella que existe cuando recién se inicia la controversia es que está en condiciones de efectuar la correcta determinación del mercado. Además, ello lo habilita para poder tomar en caso de ser necesario las medidas de corrección, prohibición o

sanción que estime oportunas para velar por el bien jurídico antes descrito. En este orden de ideas agrega (21) que comparte entonces la aseveración de la sentencia en cuanto concluye que Agmital, dentro del mercado relevante fijado, tiene una posición dominante en relación al nuevo competidor que le permite fijar precios dentro de este mercado con mayor holgura que el empresario individual. Concluyendo (35) Que del modo que se ha razonado cabe desestimar los argumentos de la reclamante, porque -al contrario de lo por ella sostenido- ha quedado suficientemente demostrado en el mercado relevante descrito que Agmital tiene un poder dominante del cual abusó a través de las estrategias indicadas para atentar contra la libre competencia, a la que además intentó regular con un acuerdo de competidores, lo que justifica la sanción que se le ha impuesto y la cuantía de la multa aplica.

Por su parte, en este caso el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en su sentencia de once de agosto de dos mil diez, expuso que la FNE sostuvo que el mercado relevante, en este caso corresponde al de transporte público rural de pasajeros desde la ciudad de Talca hacia las localidades de Los Almendros, Queri y Población Buenos, ida y regreso, específicamente en los horarios de salida desde Talca cercanos a las 11:30, 15:30 y 18:40 horas, en el cual actúan el señor José Muñoz Ortega y Agmital. Asimismo, señala que

Agmital carece de poder de mercado en el mercado relevante, toda vez que tratándose de un mercado con tres salidas diarias hacia un mismo lugar, en horas muy cercanas, tanto el señor José Muñoz Ortega como Agmital tienen una participación, en cuanto a oportunidad, más o menos similar, con lo que podría decirse que cada una ostenta un 50% de participación en el mercado. En el fundamento Vigésimo cuarto expresa: Que así establecido lo anterior, este Tribunal determinará a continuación el mercado relevante para efectos de esta causa y quiénes son sus actores. Posteriormente, establecerá si efectivamente se adoptó en Agmital la decisión de llevar a cabo las conductas que se imputan en el requerimiento, de acuerdo con las pruebas allegadas al juicio y calificará si, una a una y apreciadas en su conjunto, dichas conductas constituyen o no una infracción al Decreto Ley N° 211. En el motivo vigésimo quinto razona: Que en lo que dice relación con el mercado relevante, este Tribunal discrepa de las partes en lo relativo a que el mercado en cuestión sólo deba considerar horarios tan específicos como los señalados en el requerimiento y su contestación (11:30, 15:30 y 18:40 horas), pues es razonable esperar que los distintos horarios de salida de los buses constituyan servicios de transporte que, dentro de ciertos márgenes, puedan ser considerados como

sustitutos cercanos desde el punto de vista de la demanda. Lo anterior, sobre todo teniendo en cuenta que, de acuerdo con los antecedentes que rolan a fojas 378, los distintos horarios de salida de buses en el caso de autos tienen en promedio una hora de diferencia entre sí para los trayectos Talca-Queri y Talca-Los Almendros (en el caso del trayecto Talca-Buenos Aires, sólo se ofrecen cinco salidas diarias), no habiéndose aportado antecedentes en autos que indiquen lo contrario.

Se concluye por el Tribunal que el mercado relevante a considerar es el de transporte público rural de pasajeros desde la ciudad de Talca hacia cada una de las localidades de Los Almendros, Queri y Población Buenos Aires, y el mismo trayecto en sentido contrario, dentro de ciertos márgenes horarios.

En el apartado trigésimo primero se consigna: Que habida cuenta de lo anterior, resulta claro que los dueños de minibuses agrupados en Agmital tienen la capacidad de fijar precios en el mercado relevante de autos con independencia de la reacción del resto de sus competidores, y la de sostenerlos por un período significativo, como de hecho hicieron -según se verá en las consideraciones cuadragésimo segunda y cuadragésimo tercera-, razón por la cual este Tribunal ha adquirido la convicción de que los asociados de

Agmital, en cuanto empresarios individuales coordinados por esta última, tienen una posición dominante en el mercado relevante atinente a esta causa.

Este es un ejemplo de la mayor especificidad que se puede llegar para determinar el mercado revelante, puesto que considera tales determinador recorridos de microbuses, con lo cual el tribunal puede aislar elementos que le hacen llegar a esta calificación.

5.- En los autos rol N° 77-05, por sentencia de 12 de julio de 2007, recaída en el requerimiento del Fiscal Nacional Económico en contra de Isapre ING S.A., Isapre Vida Tres S.A.; Isapre Colmena Golden Cross S.A.; Isapre Banmédica S.A., e Isapre Consalud, por actos contrarios a la libre competencia de aquellos descritos en la letra a) del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, se razonó respecto del mercado relevante por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, expresando que para definirlo debía describir las características principales del sistema de seguros de salud existentes en Chile, enfrentando los seguros obligatorios una demanda con importante inelasticidad, dado que los trabajadores dependientes están obligados a destinar un 7% de la remuneración imponible, para el pago de tales seguros. Por lo tanto, la decisión de comprarlos no es libre, lo que aumenta el riesgo de ocurrencia y los potenciales beneficios

de prácticas abusivas, dado que no es posible optar por prescindir del seguro, existiendo oferta de parte de Fonasa e Isapres abiertas y cerradas, las que ofrecen planes de distinta cobertura, los cuales entre otros factores consideran la edad, sexo, ingreso, número de personas en el hogar y estado de salud de la persona afiliada, como el segmento económico al que pertenece el cotizante, diferenciado por tramos de ingreso imponible. Se considera, además, la participación de mercado de cada una de las cinco Isapres requeridas dentro del total de Isapres abiertas, a lo largo de todo el período investigado, el que se encontraba concentrado y en torno al 80% del total de cotizantes en el sistema privado de seguros de salud. Se tiene presente la distribución del número de cotizantes en cada Isapre requerida y según los tramos de Ingresos. Así dos Isapres son de mayor tamaño considerando la cantidad de cotizantes y las otras tres captan los cotizantes del segmento de los más altos ingresos.

El Tribunal estimó que el mercado relevante, en el cual se podría haber producido la colusión imputada a las Isapres requeridas, estaría conformado, fundamentalmente, por aquellos segmentos de cotizantes que perciben una nula o suficientemente baja sustitución entre la oferta de planes de salud de las Isapres abiertas y la oferta de Fonasa, de forma

tal que, en relación a este agregado de cotizantes, podría ser rentable para un colectivo relevante de Isapres abiertas aumentar en forma no despreciable y no transitoria el precio y/o bajar la calidad de los planes ofrecidos por ellas, sin que ello implique un éxodo de cotizantes a Fonasa. El segmento de más altos ingresos no considera como sustituto del seguro obligatorio a Fonasa. "En consecuencia y teniendo en cuenta el argumento precedente, en lo que sigue de esta sentencia se analizarán los cambios observados a partir de la sustitución de los planes 100/80 por los planes 90/70, considerando al total de cotizantes en el sistema de Isapres abiertas. Así, este agregado de mercado será utilizado como aproximación al mercado relevante del caso en autos, para analizar la posibilidad que pudiese haber ocurrido un abuso de poder de mercado, como resultado de una eventual colusión por las Isapres requeridas o parte de ellas." "Por otra parte, la cobertura nacional de las actividades de las cinco requeridas llevará a este Tribunal a considerar como mercado geográfico relevante el territorio de la República de Chile". En este caso la Corte Suprema, para determinar el mercado relevante, profundizó el análisis de los elementos mencionados.

Corresponde este caso a uno de los que se considera un mayor número de elementos para calificar el mercado de

relevante, pero se opta por determinar que abarca, en lo geográfico, a todo el territorio nacional.

Es posible observar de esta jurisprudencia enunciativa, suficiente para graficar que no existe una sola mirada para determinar el mercado relevante, siendo posible encontrar posiciones divergentes en una misma sentencia, como ocurre en el último caso, esto es en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia N° 57/2007, de 12 de julio de 2007 y la recaída en esos autos rol de ingreso Corte N° 4052-07, de fecha 28 de enero de 2008. Sin perjuicio de lo que se señalará más adelante, estos y otros pronunciamientos tanto del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como de esta Corte Suprema revelan ciertos puntos que interesa destacar:

- 1.- El mercado debe ser establecido para posicionar la determinación de la autoridad, puesto que indicará los elementos esenciales del comportamiento de los competidores, agentes económicos y participantes en la producción, distribución y comercialización del producto, precisando en el lugar que resulta pertinente detenerse en el análisis;
- 2.- El mercado relevante es un segundo paso en el estudio, el que está constituido, precisamente, por el sector de ese mercado al que es posible circunscribir el estudio para establecer primero la posición de las empresas investigadas,

su poder en el mercado y llegar a determinar si ha existido abuso en el mismo.

La respuesta no es única y general para el problema planteado, puede tener una general, pero existe la posibilidad que no sea factible llegar a la evacuación de la consulta mediante el principio de especialidad, dado que será indispensable tener presente una actividad en su integridad, como ocurre en el presente caso, con la venta al público de medicamentos, puesto que el oligopolio está constituido casi exclusivamente por las cadenas de farmacias investigadas, sin que sea posible someter a estudio exclusivamente los medicamentos objeto de la investigación, dado que ellos no solamente están vinculados con posibles substitutos, sino que, además, con productos relacionados, productos complementarios y productos gancho, que condicionan la respuesta a un análisis total de la rentabilidad. Este es el mercado de los productos. Por las mismas argumentaciones la determinación que se adopte es a nivel nacional, al estar presente las cadenas a lo largo de todo el país, un motivo más para extender, en esta ocasión el estudio a todo el mercado nacional y considerar el total de las ganancias. Con mayores detalles se indicarán los elementos del mercado relevante al avanzar en la ponderación de los antecedentes.

DECIMO CUARTO: Determinación del mercado relevante.

Salcobrand expuso que lo importante para determinar la aptitud de los 222 medicamentos para servir de base a un acuerdo monopólico, es la posibilidad de haber sido identificados ex ante por pertenecer a una categoría exclusiva y excluyente que sirva de punto focal, por ejemplo, todos los éticos, todos los notorios, todos los que tenían margen negativo, todos los que fueron objeto de sugerencia de precio por parte de laboratorios o todos los que estaban en alguna lista que los singularice. Empero, asevera que ninguna de esas categorías identificadas logró ser establecida. Indica que es falso que los medicamentos éticos sean de difícil y costosa sustitución. El fallo desconoció los criterios aplicados por el mismo Tribunal en otros casos donde ha considerado la existencia de medicamentos sustitutos o competidores cuando entre ellos tienen similitud de principio activo o finalidad terapéutica. No es cierto que el 94% de los medicamentos requeridos exija receta médica para su venta, son 185 de los 222 medicamentos, y son fácilmente sustituibles, especialmente en el caso de los pacientes crónicos: (a) porque la experiencia les enseña a los pacientes que hay sustitutos; (b) porque el paciente se anticipa a considerar con el médico el costo del medicamento recetado o simplemente le consulta; (c) porque es altamente

inusual que el médico no esté dispuesto a considerar en su receta un medicamento más económico y que de hecho sea el mismo que sugiera escoger la alternativa de menor costo; y (d) porque la práctica indica que, de una u otra forma, esa sustitución opera.

A su turno, Cruz Verde también alega que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no observó sus criterios elaborados en juicios anteriores que vinculaban el mercado relevante al principio activo o finalidad terapéutica del medicamento, como ocurrió en las sentencias 17/2005 (medicamento Lipitor); 60/2007 (Tabcin y Tapsin); 8/2004 (medicamentos con principio activo Oxcarbazepina); y 51/2007 (Neo-Sintrom, Alfin, Seler y Tareg).

Un mercado está constituido por un conjunto de productos, bienes y/o servicios, que responden a una agrupación determinada por el agente económico, que puede estar relacionado con un área geográfica, actividad, segmento determinado de la sociedad y proporción. Por su parte el mercado relevante está vinculado a productos, áreas, actividades, segmentos y proporción que tiene en éste el agente económico, es el mercado del producto de referencia que se considerará en el análisis, como sus posibles sustitutos. En el mercado relevante se incorpora a los productos materia del requerimiento, en el caso sub lite, es

el mercado nacional de venta al público de los medicamentos que conforman el menor grupo o área geográfica al cual están asociados aquellos objeto del requerimiento, en que puede generarse una estrategia concertada de pequeños aumentos de precios en un espacio de tiempo que no es breve.

En lo relativo a los hechos investigados en autos, conforme a lo que ha sido la discusión, no existe controversia en torno a ciertos aspectos básicos, especialmente que el mercado del producto de las farmacias está dado por la actividad de venta al detalle de medicamentos. Se ha señalado que se encuentra demostrado que las involucradas gozaban en diciembre del año 2007 de un poder de mercado cercano al total. En efecto, en su conjunto correspondía al 92% del mercado (en ventas de medicamentos), siendo un 27,7% para Farmacias Ahumada, 40,6% para Cruz Verde y Salcobrand presentaba un 23,8%.

Resulta destacable en torno a los hechos materia del requerimiento, que se cuestiona la asignación de precios efectuada para 206 medicamentos por parte de Salcobrand, Farmacias Ahumada y Cruz Verde, de los cuales 185 son éticos, los que presentan una demanda inelástica, según se tendrá la oportunidad de señalarlo más adelante y con difíciles posibilidades de entrada por terceros..

En este sentido, igualmente incide el factor geográfico, por cuanto se refiere a tres cadenas de farmacias que tienen presencia en todo el país, de modo que se puede calificar el mercado como nacional de los medicamentos. Se asocia a lo anterior el hecho que se relaciona con toda persona, sin que se pueda excluir un conjunto de individuos. Así nacional tendrá una doble connotación, estará referida a todo el país y a todas las personas.

Si bien la sustitución de los productos está relacionada, entre otros aspectos con la clasificación de la demanda, la jurisprudencia ha utilizado este elemento para determinar la relevancia del mercado, pero la mayor importancia la adquiere la proporción en el mercado, con lo cual se puede llegar a precisar el uso o abuso del poder que tienen en el mercado las requeridas.

Sobre la base de estos elementos de juicio es posible determinar tanto el mercado, otorgarle la calidad de relevante y precisar el posible abuso de las requeridas en la fijación de precios llevada adelante por ellas.

Tiene importancia lo anterior por cuanto "la libertad (elección) y el poder están íntimamente ligados. Se considera que la primera desaparece a medida que un mercado es sometido a una dominación creciente por parte de una o varias empresas. De manera complementaria, se ve que el aumento de

un poder implica una disminución correlativa de la libertad de la cual gozan los aliados (demás competidores y consumidores). De esta manera, las dos nociones conducen a una realidad idéntica, que es abordada desde dos perspectivas diferentes. La libertad es una dimensión de los aliados, que caracteriza la situación de las personas o empresas que desean adquirir una prestación. De otro lado, el poder caracteriza la posición ocupada por uno o varios proveedores, los cuales, en algunas circunstancias, adquieren un poder que les permite influenciar las decisiones en los mercados”

“Las dos nociones se encuentran en relación de causalidad. La adquisición de un poder por una o varias firmas (causa) conlleva una disminución en la libertad de los aliados (consecuencia).” (Paul Nihoul, Introducción al derecho de la competencia, Universidad Externado de Colombia, páginas 222 y 223). Sobre la base de lo anterior se mide la magnitud del poder que poseen las empresas, de esta forma existe una ecuación inversamente proporcional: A mayor poder, menor libertad o, lo que es lo mismo, existirá menor libertad de los consumidores y competidores en el evento que otros agentes económicos tengan mayor poder en el mercado. Cuando el consumidor registra una disminución de su libertad de elección se está ante un monopolio o ante conductas monopólicas por los agentes económicos.

DECIMO QUINTO: Importancia en la determinación de la venta total de productos. Esta Corte rechazará la afirmación de la reclamación de Salcobrand, puesto que los medicamentos objeto de la acusación sí son identificables y corresponden a aquellos que a partir del año 2006 presentaron un comportamiento de precio distinto al observado por los demás productos, como consecuencia de haber sido tomados en cuenta para bajar sus márgenes de precio, con la finalidad de asegurar la venta de otros medicamentos o productos en sus locales. Vale decir, conforme a la doctrina económica y como lo dice el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se trata de productos gancho, puesto que a través de la fijación de precios bajos se logra atraer compradores para otros productos. En aquella ocasión se pudo aplicar la teoría completamente conocida al respecto, en cuanto a que se ofrece un producto a un precio que no presenta ganancia, pero que tiene la cualidad de "enganchar" la adquisición de otros, respecto de los cuales sí ha incrementado su precio, se implementa así un subsidio cruzado de los últimos respecto de los primeros.

DECIMO SEXTO: Jurisprudencia. Igualmente no resulta procedente hacer lugar a la defensa de las reclamantes referida a la contradicción que se produciría con criterios anteriores emanados del propio Tribunal de Defensa de la

Libre Competencia, ello porque revisadas las sentencias que sustentan tales criterios, se aprecia que la causa de pedir en los juicios respectivos no guarda relación con la de los presentes autos. En efecto, en dichos procesos se intentó sancionar conductas predatorias o de competencia desleal por medio de las cuales determinados agentes económicos habrían intentado expulsar o disminuir competidores mediante la creación de ciertas barreras de entrada, según se pasa a demostrar a continuación:

1.- En la sentencia dictada en la causa rol N° 17/2005, se consigna que Laboratorios Lafi Ltda. interpuso demanda a Laboratorios Pfizer por haber difundido entre el cuerpo médico una publicidad engañosa y desacreditadora que perjudica a sus competidores menoscabando la lealtad de competencia en el mercado. Lo anterior por cuanto la empresa demandante distribuyó entre el cuerpo médico del país tres folletos promocionales que destacan la superioridad del medicamento Lipitor de Pfizer destinado a tratar trastornos de los niveles de colesterol en la sangre y que contiene atorvastatina cristalina como principio activo, sobre aquellos cuyo principio activo es la atorvastatina amorfa. La infracción atribuida a la demandada es la prevista en el artículo 3° letra c) del D. L. N° 211 que prescribe: "Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones

que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes: c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”.

2.- En el fallo dictado en la causa rol 60/2007, Bayer dedujo demanda en contra de Laboratorio Maver Ltda, atribuyendo como conducta ilícita la de imitar la denominación y aprovecharse del prestigio que los productos TABCIN de Bayer tendrían en el extranjero, configuradas por la obtención de registros -de marca y sanitarios- y por la comercialización en el mercado nacional de los productos TAPSIN por parte de Maver, lo que produciría el efecto de impedir el ingreso de los primeros al mercado, toda vez que los consumidores los percibirían como una copia de los productos de la demandada. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el considerando 24° señaló “Que, entonces, lo que corresponde a este Tribunal es determinar si los actos de competencia desleal expresados en el considerando vigésimo primero, precedente, infringen o no el Decreto Ley N° 211 y, particularmente, si impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, o tienden a producir dichos efectos, al tenor de lo preceptuado en el artículo 3° de dicho cuerpo legal. En especial, verificar si concurren o no en la especie los requisitos previstos en la letra c) de dicho artículo”.

3.- En la sentencia pronunciada en los autos rol N° 8/2004 consta que el asunto dice relación con la campaña publicitaria que denuncia Laboratorios Lafi, toda vez que ella está destinada a desacreditar el producto de la competencia, con información no veraz, subjetiva y no demostrable, con la finalidad de eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia.

4.- En el fallo emitido en la causa rol N° 51/2007 los hechos denunciados corresponden a la entrega a médicos especialistas, por parte de los laboratorios farmacéuticos demandados, de cupones o tarjetas de descuento para la compra de determinados medicamentos en cadenas farmacéuticas asociadas al beneficio. Lo anterior importaría, en opinión de la demandante, excluir a las farmacias independientes de programas que tienen por objeto dirigir la prescripción de determinados medicamentos hacia aquellos producidos por los laboratorios demandados, e incentivar, al mismo tiempo, su venta en farmacias específicas.

DECIMO SEPTIMO: ¿Medicamentos involucrados serían fácilmente sustituibles? Se alegó que los medicamentos en cuestión tienen sustitutos y que cada uno de ellos tiene dentro de su categoría terapéutica productos competidores directos por principio activo o finalidad terapéutica que no subieron de precio.

Sin perjuicio de lo que se expondrá respecto de la demanda elástica e inelástica, no cabe aceptar el planteamiento referido en virtud de los siguientes motivos:

1.- Es efectivo que algunos de los medicamentos involucrados tienen equivalentes farmacéuticos, como lo señalan los informes elaborados por Carlos Von Plessing Rossel y Rómulo Chumacero, sumados a las declaraciones de Rodrigo Castillo, gerente general de IMS Health. Empero, como se dijo, los medicamentos objeto del requerimiento en su mayor parte tienen la categoría de éticos, circunstancia que importa que son recetados por un facultativo con anterioridad, por lo cual se vinculan a la confianza en el médico y en el tratamiento, existiendo la cultura recomendada por los médicos a sus pacientes de no aceptar se les sustituyan los remedios que se suscriben por ellos en las prescripciones médicas. Del mismo modo es conocido por los pacientes y público en general, que los médicos enseñan que la diferencia entre iguales composiciones de medicamentos están relacionadas con su pureza o mayor concentración, mejores procedimientos de sus laboratorios e incluso si no producen efectos adversos al aparato digestivo al encontrarse recubiertos. En fin, son múltiples las razones por las cuales un paciente no efectúa la sustitución inmediata de medicamentos ante el alza de éstos.

2.- Al tratarse de medicamentos éticos resulta que se requiere por la reglamentación vigente que el médico entregue una receta al paciente, siendo aquél quien decide cuál remedio se indica para el consumo de las enfermedades que diagnostica. Naturalmente, la determinación del médico es adoptada respecto de cada paciente de manera individual, considerando sus características propias e historial médico.

3.- Ante la existencia de un eventual medicamento sustituto y atendida la regulación del expendio de medicamentos éticos, lo que sucede, es que el paciente debe acudir a un médico para obtener la receta respectiva, lo cual conlleva el pago de una nueva consulta médica para el caso de necesitar un medicamento sustituto y evidentemente acarreará un mayor costo, a lo que se une el transcurso del tiempo, por lo que la reacción no es inmediata.

4.- Los particulares disponen y administran información muy limitada acerca de precios, calidad, dosis y frecuencia de administración y efecto terapéutico de los productos sustitutos de los medicamentos. Es así, que se ha señalado: "En la presente investigación, tal como en Sorensen (2000), los individuos informados y con mayores incentivos a comparar precios, serán los pacientes que deben tratarse contra enfermedades crónicas o de larga duración. La repetición en la compra de los medicamentos que combaten estas

enfermedades, es lo que lleva a este tipo de consumidores a beneficiarse de la búsqueda y además a manejar información sobre la distribución de los precios (McAfee 1995)". (Tesis de Grado Magíster en Economía, Francisco Javier Muñoz Núñez, julio del año 2011, Pontificia Universidad Católica de Chile). Ratifica lo expresado, el propio informe de Carlos Von Plessing, cuando afirma "me es posible concluir que en lo específicamente relacionado con la equivalencia farmacéutica es un referente empírico para evaluar alternativas por aquellos profesionales concededores de fármacos".

5.- En relación a los pacientes que requieren medicamentos éticos crónicos, existe un mayor grado de dependencia, esto significa que no pueden retrasar el consumo del medicamento prescrito, por cuanto ponen en riesgo su salud.

6.- Es posible inferir que el paciente sólo a base de la experiencia puede adquirir el conocimiento de la información necesaria de eventuales sustitutos, pero lo cierto es que ello demorará un periodo razonable de tiempo.

7.- Un cambio en el comportamiento de precios en los agentes económicos que tienen una participación mayoritaria en el mercado - luego de una política de precios bajos -, asociada a una conducta de colusión, podría importar un tiempo inferior al requerido por un consumidor para adquirir

información sobre bienes sustitutos. De esa forma el tiempo de colusión es inferior al de respuesta de los consumidores. En el caso de autos el tiempo de colusión duró cuatro meses, tiempo que en muchos casos es inferior a aquel en que el sistema público agenda horas para los pacientes, en particular las de especialidades.

En virtud de estas razones es inevitable concluir que la sustitución no es viable de una respuesta automática e inmediata de parte del consumidor en un corto tiempo, cuando se trata de la venta al público de medicamentos éticos.

Se realizaron diferentes pericias durante el procedimiento, especialmente de rentabilidad con los datos y antecedentes disponibles por los peritos, sin embargo, en ninguno de ellos se estableció el listado de medicamentos sustitutos para cada uno de los medicamentos objeto del requerimiento, como el comportamiento o fluctuación de su demanda en el periodo investigado, con lo cual se podría haber evidenciado una posible migración de los consumidores. El análisis de rentabilidad no es indicativo, por si solo, de una falta de colusión cuando ésta es baja o negativa, en concepto de quien realiza la ponderación, puesto que podría reflejar una proporción menor si tal acuerdo entre vendedores no se produjera.

DECIMO OCTAVO: Elasticidad e inelasticidad de la demanda. Cruz Verde reclamó que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia yerra porque el alza de ingresos no determina per se inelasticidad de la demanda. Por el contrario, en lo que respecta a Cruz Verde el alza de precios determinó una baja en las ventas a consecuencia de la sustitución y elasticidad cruzada de la demanda.

No cabe aceptar el planteamiento de la reclamante porque tratándose de la participación de una implicada en un ilícito de colusión, los datos deben observarse mirando la variación de las cantidades vendidas y precios de todos los coludidos. No se encuentra controvertido que si se considera la venta de Farmacias Ahumada, Cruz Verde y Salcobrand, es superior en un 29% al periodo del año 2007 respecto de los medicamentos objeto del requerimiento. Por ello, es correcta la afirmación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia al señalar que existe baja elasticidad de precio de la demanda de los medicamentos, lo cual importa que se facilite el aumento injustificado de las rentas de las implicadas.

La elasticidad del precio de la demanda está relacionada, precisamente, con la capacidad de respuesta del mercado respecto de la cantidad demandada de un producto ante los cambios registrados en su precio. Por ello es que representa una medición de esa capacidad de respuesta de la

cantidad demandada y la cantidad ofrecida ante el precio. En principio la ley de la demanda plantea que la cantidad demandada y el precio están en una relación inversamente proporcional, es por ello que, también en principio, el aumento de precios redundará en una disminución de la cantidad demandada. A mayor precio, menor demanda. Así la demanda elástica importa que la reacción del mercado puede llegar a una demanda de cero ante un aumento de precios y, de la misma forma, una demanda inelástica lleva a que el mercado tenga una reacción de cero, manteniendo la demanda en iguales proporciones, no obstante cualquier aumento de precios. La elasticidad de la demanda está determinada, entre otros factores: **a)** Los productos: Tanto en su naturaleza (esenciales, prescindibles), como en la existencia, número y valor comparativo de bienes sustitutos, como si se trata de productos "gancho"; **b)** Los consumidores: Condiciones del consumidor, respecto de su mayor o menor vulnerabilidad, por su madurez, organización y condiciones socio-económicas; **c)** Tiempo de ajuste: lo que se demora el mercado para asumir el cambio de precio, que podrá ocurrir en un corto o largo espacio de tiempo; **d)** Elasticidad cruzada de la demanda: se relacionada con la existencia de productos sustitutos y complementarios, siendo positiva la primera y negativa la segunda, y **e)** Comportamiento del precio total: está

determinado por la apreciación integral de los ingresos en una unidad de tiempo que se precise.

En el caso de autos se puede advertir que se trata de productos considerados esenciales por la sociedad (medicamentos), la cual los relaciona directamente con el mantenimiento de condiciones de vida, acciones de recuperación de la salud e incluso mantenimiento de la existencia de las personas, en que la generalidad de los individuos desconocen sus componentes activos y porcentajes de concentración o pureza, puesto que se los identifica por los nombres de fantasía que les asignan los laboratorios, pueden existir productos sustitutos en número y cantidad suficiente, pero la mayoría de las personas puede ignorar su existencia, como los laboratorios que pudieran producirlos, a lo que se suma la conducta de obediencia a las prescripciones que se hace de los medicamentos, puesto que se está ante los que tienen carácter ético en una proporción mayor al 90 % de los materia del requerimiento. De la misma manera, la realidad nacional presenta un panorama de una muy reducida organización de consumidores, de forma que primero la advertencia del alza no es inmediatamente destacada públicamente y las personas privilegian la compra de medicamentos, puesto que, como se ha dicho, se les asocia a la vida y la salud, de forma tal que el sacrificio será en

primer lugar de productos suntuarios, pero no de "los remedios". El tiempo de respuesta se podrá dar en los medicamentos éticos una vez que se consulte al facultativo de confianza, en lo cual las personas consideran costo beneficio, el valor de una consulta médica y el aumento del precio del medicamento, siendo este último menor al primero, razón que lleva a asumir el gasto hasta una próxima consulta. De lo anterior se puede deducir con plena facilidad que la elasticidad de la demanda no está relacionada exclusivamente con la existencia de sustitutos. Si se desea situar la discusión en ese factor, además, debe considerarse la naturaleza del producto que ha registrado el alza, como la existencia, número y valor de los productos sustitutos.

A todo lo anterior, además, debe sumarse el comportamiento del ingreso total de la diferencia de precio, esto es, la relación entre el cambio de precio y los ingresos totales, que en el presente caso fue positiva. La premisa general de la ley de la demanda señala que el aumento de precios reduce la demanda y, como consecuencia, existe menor utilidad, pero esto no es siempre así, dado que si la demanda es inelástica el efecto es el contrario. "Demanda inelástica. Existe una relación positiva entre los cambios en el precio y en ingresos totales. Cuando la empresa enfrenta una demanda inelástica, si aumenta el precio, subirán los ingresos

totales; si disminuye el precio, caerán los ingresos totales. Tómese otro ejemplo: una persona acaba de inventar la cura para el resfrío común que ha sido aprobada por la Food and Drug Administration para venta al público. En el momento no hay seguridad de qué precio se puede cobrar, de modo que sale al mercado con un precio de US\$ 1 por píldora, y registra ventas por 20 millones de píldoras a ese precio durante un año. Al año siguiente, decide aumentar el precio el 25 %, es decir, a US\$ 1,25. El número de píldoras vendidas cae a 18 millones por año. El incremento en precio del 25 % produjo una disminución del 10 % en la cantidad demandada. Sin embargo, los ingresos totales aumentarán a US\$ 22,5 millones debido al incremento del precio. En consecuencia, se concluye que si la demanda es inelástica, el precio y los ingresos totales se desplazarán en la misma dirección" (Roger LeRoy Miller, Economía Hoy, Edición 2001-2002, Addison Wesley, página 490). En este escenario la observación deja en evidencia que no se cumple la relación proporcional inversa, sino que en este caso será directa. A mayor aumento de precio, mayor ganancia.

Es así como, analizado este resultado final, la demanda si no lo es, se comportó de manera inelástica, dado que en el periodo investigado se produjo un incremento bruto de las empresas farmacéuticas coludidas de \$ 27.000.000.000. Como se

ha expresado con anterioridad, la existencia de sustitutos por medicamento no se estableció para cada caso, como tampoco se precisó el comportamiento que dichos sustitutos tuvieron en el período investigado, antecedentes que están en poder de las requeridas por su proporción de presencia en el mercado. Del mismo modo y no obstante la pequeña presencia de otras farmacias en el mercado, no se requirió la cuantificación del comportamiento de los consumidores fuera de las cadenas imputadas. Todos estos antecedentes pudieron estar presentes para determinar la concurrencia de la justificación dada por las requeridas.

DECIMO NOVENO: Mercado Relevante de Autos. Con los antecedentes expuestos el mercado relevante de autos está determinado por el de venta de medicamentos al público. Es en éste en el que corresponde tener presente las circunstancias particulares ya expresadas: Farmacias Ahumadas S.A., Farmacias Salcobrand S.A. y Farmacias Cruz Verde S.A. constituyen las tres cadenas de farmacias más importantes en el país, por la cobertura en todo el territorio nacional y a toda la población, su proporción en el mercado farmacéutico con el 92% del mercado, debiendo considerarse especialmente, pero en este contexto, los medicamentos por los que se ha establecido la colusión por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, esto es 206 productos, su falta de

sustituto, tratarse de algunos que tienen el carácter de productos ganchos, complementarios de otros, todos los cuales tienen una demanda inelástica y respecto de los que debe observarse el comportamiento de la rentabilidad total de las sociedades requeridas.

No se puede circunscribir el mercado relevante a los productos requeridos, como a los principios activos de sus componentes u otras particularidades, puesto que a diferencia de otros casos conocidos, resulta necesario considerar el comportamiento final de la rentabilidad de las requeridas, puesto que la experiencia adquirida en el mercado y prácticas colusorias anteriores lógicamente las llevaría a desarrollar métodos más sofisticados de acuerdos, con el propósito de evitar ser descubiertas.

Tales circunstancias de hecho permiten igualmente a esta Corte precisar, desde luego, que las requeridas gozan de una posición dominante en el mercado, de la cual hicieron abuso, llegando a reportarles una ganancia de \$ 27.000.000.000, no obstante que el beneficio económico representa proporciones menores en sus ventas totales.

VIGESIMO: Solicitud de nulidad del acuerdo de conciliación celebrado entre la Fiscalía Nacional Económica y Farmacias Ahumada S. A. Marco Legal. Salcobrand solicitó se declare la nulidad del acuerdo de conciliación referido por

adolecer de objeto ilícito y de falta de causa, toda vez que:

- a)** Las partes no pueden disponer sobre la procedencia de una multa infraccional y su monto;
- b)** El acuerdo atenta contra el sistema jurídico procesal, ya que a cambio del beneficio de una rebaja de multa se negocia el compromiso de aportar antecedentes probatorios;
- y **c)** La confesión de Farmacias Ahumada se produjo dolosamente o por error, puesto que se fundamenta en un cronograma de alzas de precios que el fallo señala no es verídico.

En lo que respecta al control jurisdiccional en el presente procedimiento de una conciliación acordada entre la Fiscalía Nacional Económica y una de las requeridas, Farmacias Ahumada, procede recordar que el artículo 22 inciso primero del D. L. N° 211 dispone en lo pertinente: "Acordada una conciliación, el Tribunal se pronunciará sobre ella dándole su aprobación, siempre que no atente contra la libre competencia".

De dicho precepto, surge que en el procedimiento contencioso establecido en el referido Decreto Ley se encuentra permitido el equivalente jurisdiccional cuestionado. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia aprobó la conciliación y la Corte Suprema desestimó las reclamaciones interpuestas contra la resolución aprobatoria de la conciliación. Por consiguiente, no resulta posible

revertir en esta sentencia tal situación procesal que entendió como válida la celebración del acuerdo conciliatorio.

A mayor abundamiento, lo cierto es que no existe ningún precepto ni principio del derecho que prohíba invocar contra una empresa implicada en una colusión las declaraciones de otro agente económico inculpado, de manera tal que el reconocimiento puede constituir un medio probatorio legal. De hecho, en nuestro ordenamiento jurídico se encuentran consagradas instituciones que se basan en el reconocimiento de los participantes de un ilícito, como sucede con la delación compensada que ahora está contemplada en el mismo D. L. N° 211 actualmente vigente o la circunstancia atenuante general de colaboración eficaz en el esclarecimiento de los hechos en materia penal en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, como las particulares contempladas en el artículo 22 de la Ley 20.000, artículo 4° de la Ley 18.314 y artículo 23 a) de la Ley 12.927. Del mismo modo, el procedimiento penal contempla diferentes salidas alternativas y procedimientos que reposan en el reconocimiento de participación y responsabilidad de los imputados, como en la disposición a reparar los agravios ocasionados con su conducta.

Si bien es cierto que el reconocimiento de la cooperación de los imputados en una investigación de distinta

naturaleza en el ordenamiento legal tiene pleno reconocimiento, no lo es menos que puede tener reparos éticos que la doctrina se ha encargado de destacar, razón por la cual los tribunales han ponderado con particular cuidado las circunstancias en que la cooperación se produce, como los beneficios que pueda reportarle a quien la presta, aspectos que en su evaluación legal se cumplen en el caso de autos, puesto que la conciliación y la prueba aportada por Farmacias Ahumada han sido consideradas en el contexto de otros elementos de juicio, sin que únicamente en ellos descansa la convicción del Tribunal, el cual se ha encargado de indicar los medios de prueba, antecedentes y elementos en que sustenta los cargos, como las argumentaciones que le permitieron dar por establecidos los hechos, los que posteriormente calificó como constitutivos de colusión. Tales ponderaciones han sido las que fundan el parecer del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, esto es, que las requeridas acordaron actuar de manera concertada en beneficio propio y en perjuicio de la libre competencia.

VIGESIMO PRIMERO: Resoluciones dictadas sobre la conciliación. Antes de entrar en el análisis de las determinaciones sobre la materia ya adoptadas en el pleito, resulta conveniente precisar algunos antecedentes previos. No es posible, ante las claras determinaciones legislativas,

cuestionar la procedencia general de la conciliación, pues la discusión en torno a su aceptación o rechazo ya fue planteada ante el órgano competente, el Parlamento. Del mismo modo, si se tiene presente que respecto de la conciliación concreta entre Fiscalía Nacional Económica y Farmacias Ahumada S. A. ya emitieron pronunciamiento el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y esta Corte Suprema, resolviendo su validez, también se pretende renovar la discusión en torno al tema, circunstancia que igualmente resulta improcedente, por la preclusión que ha operado al respecto. Cosa diversa es la ponderación del acuerdo de conciliación, labor que efectivamente es preciso realizar por el tribunal al dictar sentencia que se realizará más adelante.

Sin perjuicio de lo anterior, puede resultar ilustrativo reproducir las argumentaciones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y de esta Corte Suprema al resolver sobre el tema, puesto que ellas son suficientes para descartar todo reproche al respecto.

El Tribunal de Defensa de la Libre competencia, para aprobar la conciliación, tuvo presente:

1.- El artículo 22 del D. L. 211 acepta expresamente la conciliación como equivalente jurisdiccional de una sentencia definitiva, siempre que no atente contra la libre

competencia, para lo cual se contempla la aprobación jurisdiccional;

2.- La conciliación puede afectar a todas o a algunas de las partes y, así, esta judicatura en varias oportunidades ha aceptado conciliaciones parciales, en cuyo caso termina el juicio entre quienes la celebran, y continúa en cambio respecto de las partes que no hubieren sido parte de ella;

3.- En el caso concreto: (i) el aporte de antecedentes probatorios, (ii) la aceptación del pago de una suma de dinero equivalente a una multa, esto es, con un sentido punitivo, consecuencia del reconocimiento de hechos jurídicamente reprochables en esta sede y que son materia del requerimiento de autos y, (iii) la existencia de compromisos de comportamiento pro competitivos adquiridos por Farmacias Ahumada, no contravienen la libre competencia;

La Corte Suprema, por su parte, consideró:

1.- El inciso primero del artículo 22 del D. L. N° 211 establece expresamente la institución de la conciliación como alternativa de resolución de los conflictos que deben ser conocidos en materia de libre competencia, otorgando competencia para llamar a conciliación al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, según lo prescribe el artículo 20 del mismo texto legal;

2.- La conciliación debe ser autorizada por el Tribunal, con lo cual se concede una potestad de control delimitada, destinada a precaver que dicho mecanismo auto compositivo alcanzado por los litigantes no atente contra la libre competencia;

3.- El acuerdo conciliatorio de autos reúne todos los requisitos legales, por lo que es válido, conclusión a la que llega puesto que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia llamó a conciliación a todas las partes del proceso en los términos que prevé el artículo 22 del D.L. N° 211, una vez terminada la etapa de discusión y se examinaron sus aspectos sustanciales.

4.- Se rechazan las objeciones en el sentido que se habrían hecho concesiones fuera del límite de lo debatido en autos o que tendría las características de una "delación compensada", pues lo relevante es que el asunto objeto del pleito y que motivó la interposición del requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica fue abordado y resuelto en la convención celebrada, especialmente si se tiene en consideración que las obligaciones asumidas por Farmacias Ahumada tienen como finalidad evitar en el futuro las conductas descritas por la Fiscalía Nacional Económica en su requerimiento.

5.- Respecto de la indisponibilidad del bien jurídico se debe consignar, desde luego, que es la propia ley la que permite conciliar respecto de conductas que pueden ser atentatorias contra la libre competencia, descartándose la afirmación de carácter absoluto que por tratarse de derechos o bienes de orden público no son susceptibles de ser conciliados. Para sustentar esta conclusión se hace referencia a las salidas alternativas, en el marco del derecho procesal penal, que permite acuerdos reparatorios que pueden llegar a la suspensión condicional del procedimiento, modalidad de autocomposición, con intervención del juez de garantía, que puede incluso ser parcial.

6.- La contraprestación pecuniaria a que se obligó Farmacias Ahumada no puede tener el carácter de multa, puesto que al ser sanción sólo puede ser impuesta por el órgano jurisdiccional luego de un proceso previo legalmente tramitado, por lo que las partes la han considerado como "equivalente a una multa", lo que satisfizo la pretensión punitiva a la que aspiraba el requerimiento.

7.- Al contemplar el procedimiento contencioso la posibilidad de conciliar y la Fiscalía Nacional Económica, en el ejercicio de sus facultades, reconoce en la conciliación una herramienta eficaz para la correcta tutela de los intereses que la ley le ha encomendado proteger, no se divisa

entonces un ejercicio ilegal o arbitrario por parte de aquélla de tales facultades. Lo anterior, sin perjuicio del control de legalidad a que está sujeta por los tribunales de justicia.

8.- Ratifica que la conciliación, por los antecedentes indicados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia satisface plenamente las pretensiones de la Fiscalía Nacional Económica y ésta lo hace en el ejercicio de su potestad pública.

9.- No se afecta la garantía del debido proceso, puesto que no existe prejuzgamiento, desde que el rol que cumple el órgano jurisdiccional en una conciliación, no es generar el acuerdo, éste se logra por la voluntad de los litigantes y si bien lo presencia para su posterior aceptación, no es quien impone la solución como sí lo hace al resolver el litigio, sin que con ello pierda su imparcialidad, con mayor razón en este caso, en el que el tribunal debe observar que solamente no se atente contra la libre competencia.

10.- Las determinaciones adoptadas con motivo del acuerdo de conciliación, sólo se refieren a quien acordó avenir, sin afectar a las demás partes del pleito, respecto de quienes continuará el procedimiento contencioso.

VIGESIMO SEGUNDO: Objeciones al valor probatorio de las declaraciones de Farmacias Ahumada contenidas en el acuerdo

de conciliación. Sobre la base de la validez legal de la conciliación, las cadenas imputadas han formulado reproches en torno al valor que corresponde atribuirle en el presente caso, con vistas a resolver sobre la participación de las demás aludidas. Es así como Salcobrand postula que el acuerdo de conciliación referido no da cuenta de los hechos denunciados, sino que a lo más de una tentativa de colusión por parte de Farmacias Ahumada.

A su vez, Cruz Verde reprocha que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no pudo considerar las declaraciones contenidas en la conciliación como prueba testimonial contra las demás requeridas, puesto que se vulnera el principio de contradicción. Alega además que la declaración de Farmacias Ahumada sólo produjo beneficios a ella y careció de la imparcialidad exigible a los testigos, todo ello en el contexto de que dicha compañía presentaba una compleja situación que se traducía en la pérdida de participación en el mercado, unido al deseo por parte de sus controladores de querer enajenarla. Asimismo, la conclusión del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia contradice lo resuelto por la Corte Suprema al desestimar los recursos de reclamación contra la resolución aprobatoria de la conciliación al establecer que ésta sólo implicaba un reconocimiento de participación de Farmacias Ahumada.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia afirmó que la confesión de un miembro del cartel constituye una prueba directa del acuerdo y que cuando es usada contra los demás demandados es prueba testimonial. Expresó además que del tenor del acuerdo de conciliación y de sus circunstancias es claro que Farmacias Ahumada confesó que habría recibido de representantes de laboratorios la propuesta, a través de ellos, de coordinar los precios de los medicamentos con las otras dos cadenas de farmacias requeridas. Señaló que la confesión será considerada como un elemento probatorio del acuerdo de colusión, sin perjuicio que será el análisis de la restante prueba la que permitirá confirmar o no tal antecedente.

VIGESIMO TERCERO: Antecedentes. Para resolver es necesario recapitular que el acuerdo de conciliación celebrado entre la Fiscalía Nacional Económica y Farmacias Ahumada S. A., contiene las siguientes estipulaciones:

"Primero: FASA se ha acercado voluntariamente a la Fiscalía Nacional Económica y le informó que, con posterioridad a la presentación del requerimiento de autos, y en el marco de la preparación de su contestación, constató ciertos hechos, que después de una investigación más profunda, permiten a FASA concluir lo siguiente:

1) Que la industria de las farmacias se caracterizó por una intensa guerra de precios que comenzó el año 2005 y duró por casi tres años y que llevó a FASA a reducir los precios de un conjunto de medicamentos de manera tal que, en varios casos, no alcanzaba a resarcirse siquiera de los costos directos de adquisición de los mismos, situación de mercado que presumiblemente afectaba también a sus competidores Salcobrand S.A. y Cruz Verde S.A.

2) Que en ese contexto, en noviembre del año 2007, algunos ejecutivos de FASA mantuvieron contactos personales con ejecutivos de algunos laboratorios con el objeto de reducir los costos de compra, a fin de hacer frente a la situación antes descrita, conversaciones en las cuales algunos de tales ejecutivos de laboratorios transmitieron a los ejecutivos de FASA la proposición de alzar coordinadamente los precios de las tres compañías (FASA, Salcobrand y Cruz Verde) para un grupo determinado de medicamentos, como solución a esa situación de mercado.

3) Que en el marco de dichos contactos, esos ejecutivos de FASA recibieron y en algunos casos elaboraron información -incluyendo listas de precios de medicamentos- y aceptaron participar en un mecanismo de alza de precios coordinado con su competencia.

4) Que con la implementación de este mecanismo, se logró, en un corto plazo, que los precios de los medicamentos objeto del mismo subieran a un valor casi idéntico en los locales de Salcobrand, Cruz Verde y FASA.

5) Que este mecanismo de alza de precios fue aplicado por FASA, Salcobrand y Cruz Verde desde el mes de noviembre de 2007 hasta el mes de marzo de 2008”.

Luego, se indica que FASA declara lo siguiente:

“1) Que ni la Vicepresidencia Ejecutiva, ni su Directorio tuvieron jamás conocimiento de tales hechos, ni menos los consintieron o instruyeron; más aún al tomar conocimiento de estos hechos con posterioridad al requerimiento de autos, se decidió ponerlos en conocimiento de la FNE.

2) Que FASA decidió cooperar con la FNE, habiéndole aportado, de manera espontánea, antecedentes serios acerca de la existencia de tales hechos, especialmente en cuanto al mecanismo utilizado para alzar los precios de medicamentos.

3) Que FASA se compromete a colaborar en lo sucesivo con la FNE para seguir aportando todos los antecedentes relevantes que puedan estar en su poder y que ayuden al esclarecimiento de los hechos.

4) Que FASA hace constar expresamente que ha sido determinante para prestar su consentimiento al formular las

declaraciones que anteceden, su voluntad de actuar de manera consistente con lo que ha sido su compromiso con la sociedad, el interés público y las mejores prácticas de responsabilidad social, además del compromiso con la propia empresa y sus accionistas, y que bajo este predicamento, actuando de buena fe y de manera transparente, en cuanto estos hechos llegaron a su conocimiento fueron puestos a disposición de la FNE, junto con aquellos antecedentes que puedan considerarse atinentes a la materia del requerimiento.

Segundo: FASA se obliga a pagar para beneficio social la cantidad de 1.350 Unidades Tributarias Anuales, en su equivalente en pesos al día del pago, al Fisco de Chile en su calidad de administrador de los fondos de la Nación.

Tercero: FASA se obliga a elaborar un código interno, de acuerdo a las mejores prácticas internacionales, por medio del cual buscará desincentivar toda conducta que pueda considerarse contraria a las normas de libre competencia.

Cuarto: FASA se obliga a establecer la prohibición absoluta a sus ejecutivos de mantener propiedad o participación alguna, directa o indirecta, en las otras requeridas, así como en la administración de sus negocios, sea presente o futura.

Quinto: La FNE deja sin efecto y renuncia a las peticiones formuladas en su requerimiento en relación con

FASA, así como en relación con sus directores, administradores, ejecutivos y trabajadores, actuales o que hubieren tenido tales calidades a la época de ocurrencia de los hechos ventilados en autos”.

Finalmente, se consigna que los acuerdos que anteceden contienen prestaciones mutuas entre las partes, respecto de las cuales la Fiscalía Nacional Económica y Farmacias Ahumada S. A. prestan su total y absoluto consentimiento, conformando así un acuerdo de conciliación que, una vez aprobado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de acuerdo al artículo 22 del D. L. N° 211, pondrá término a este juicio respecto de Farmacias Ahumada, con fuerza de sentencia definitiva.

VIGESIMO CUARTO: Valor probatorio de las declaraciones contenidas en el acuerdo de conciliación. Que para resolver el asunto planteado es posible tener en cuenta algunos criterios o directrices, que se consideran necesarios para decidir si es procedente otorgar valor probatorio a las declaraciones emanadas de un agente económico, mediante las cuales reconoce participación involucrando directamente a las demás empresas implicadas en un acuerdo de colusión. Tales criterios son los siguientes:

1.- El reconocimiento del implicado debe proporcionar antecedentes precisos acerca de la existencia de los

elementos de la colusión. Así, deberá entregar datos respecto del origen del acuerdo de colusión, la época de gestación, la forma que adoptó el mecanismo de colusión, los medios de comunicación, entre otros elementos.

2.- El relato del confesante debe ser suficientemente detallado en cuanto a la intervención que correspondió a los demás responsables.

3.- Debería evitar razonablemente al órgano persecutor la carga de probar la colusión.

4.- Los antecedentes de que da cuenta deben ser verificables y corroborados con el resto de los elementos probatorios que obran en el proceso.

Estos criterios encuentran fundamento en el grado de convicción que puede llegar a generar en el órgano jurisdiccional una prueba de confesión o un reconocimiento expreso de parte de una empresa coludida sobre los otros implicados. Además, se explica por la necesidad de desvirtuar la desconfianza que surge de parte de los co-participantes por entender que únicamente el confesante busca beneficiarse con la reducción de la sanción. Finalmente, evita que el descubrimiento o acreditación posterior de la falta de sinceridad del reconocimiento del agente económico pueda significar que las demás coludidas se amparen y beneficien con una eventual absolución o falta de sanción. Por

consiguiente, sólo reuniendo las condiciones enunciadas podrá considerarse la declaración contraria a los intereses de los demás implicados.

En el marco de estas consideraciones se aprecia que las declaraciones de Farmacias Ahumada que contiene el referido acuerdo de conciliación, dan cuenta del reconocimiento de hechos personales de dicha compañía, al indicar que ejecutivos de esa empresa recibieron la proposición de parte de ejecutivos de los laboratorios de alzar, coordinadamente, los precios de un grupo determinado de medicamentos que expenden al público las tres compañías denunciadas y que para ello recibieron y, en algunos casos, elaboraron información.

En lo que se refiere a las dos reclamantes, las declaraciones de Farmacias Ahumada mencionan que se logró que los precios de los medicamentos subieran a un valor casi idéntico en los locales de Salcobrand, Cruz Verde y Farmacias Ahumada y que el mecanismo de alza de precios fue aplicado por estas tres empresas desde el mes de noviembre de 2007 hasta el mes de marzo de 2008.

A la vista de estos datos, procede destacar que en las declaraciones de Farmacias Ahumada no se indicó de manera mínimamente suficiente el mecanismo de contacto entre las reclamantes, menos aun se mencionan antecedentes respecto a las fechas en que se produjeron específicamente las

comunicaciones ni tampoco acerca de las personas que habrían participado en ellas. Tampoco se precisa en las declaraciones de la confesante cuáles serían los laboratorios involucrados ni menos todavía quienes habrían actuado por ellos. En definitiva, sólo se hace una descripción general de la conducta atentatoria contra la libre competencia que ya estaba referida en el requerimiento deducido por la Fiscalía Nacional Económica. De lo expresado, surge que no es factible corroborar antecedentes mutuamente y que las afirmaciones de Farmacias Ahumada no contribuyeron a facilitar la actividad probatoria de la Fiscalía Nacional Económica respecto a la inculpación de las demás requeridas, todo lo cual sumado a la oposición de las acusadas, impide considerar las declaraciones de Farmacias Ahumada S. A. como elemento probatorio de la participación de las impugnantes en el acuerdo de precios. Además, las declaraciones de Farmacias Ahumada S. A. en el acuerdo de conciliación con la Fiscalía Nacional Económica, constituyen solamente afirmaciones genéricas, las que han debido ser acreditadas con otros elementos probatorios.

VIGESIMO QUINTO: Alegaciones de prejuzgamiento. Cruz Verde alegó nuevamente que a partir de la aprobación de la conciliación entre Fiscalía Nacional Económica y Farmacias Ahumada S. A., el Tribunal de Defensa de la Libre competencia

adquirió la convicción que se cometió el hecho denunciado en el requerimiento y consiguientemente se transgredieron diversas garantías, tales como el derecho a un justo y racional procedimiento, el debido proceso, la igualdad de armas, la presunción de inocencia y el derecho a ser juzgado en mérito de la prueba que emane del expediente. Asevera que la aprobación importó una manifestación del dictamen sobre la cuestión pendiente, con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia, circunstancia que es causal de implicancia y recusación. También reclamó que se utilizaron parcial y arbitrariamente elementos del proceso, se rechazaron probanzas aportadas o solicitadas por Cruz Verde, se decretaron diligencias de oficio, se excluyó prueba exculpatoria y se empleó prueba espuria. Tales anomalías serían consecuencia del rol investigador e inquisitivo que asumió indebidamente el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

No procede acoger el planteamiento de Cruz Verde en virtud de los siguientes fundamentos:

1.- Habilitación legal. El artículo 22 inciso primero parte final del D. L. N° 211 expresamente considera la facultad del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de aprobar una conciliación, siempre que no atente contra la libre competencia, por lo cual no es posible considerar que

el ejercicio de las facultades que contempla la ley puede inhabilitar al juzgador. El tribunal no puede quedar inhabilitado por ese sólo motivo y con menor razón si en esta labor se pronuncia sin tener a la vista todos los antecedentes relacionados con el caso, los cuales no ha podido apreciar. A todo lo anterior se une el carácter objetivo de la determinación, sólo con la finalidad de resolver sobre su legalidad y posible atentado a la libre competencia.

2.- Nuestro ordenamiento jurídico procesal general acepta, en el caso de pluralidad de partes, la conciliación parcial, motivo por el cual no se advierten inconvenientes para que éste se produzca al investigar atentados a la libre competencia. De la misma manera se acepta la delación compensada, sin que tenga reproches en torno a su procedencia, sin perjuicio de dejar entregado al tribunal que conoce del proceso la ponderación de su eficacia probatoria, cuestión diversa del cuestionamiento de su legalidad.

3.- El artículo 263 del Código de Procedimiento Civil estableció que las decisiones y opiniones que emita el juez en la etapa de conciliación no lo inhabilitan para seguir conociendo de la causa. Es más, el ordenamiento jurídico privilegia tales salidas alternativas e, incluso, las

contempla en diferentes etapas del procedimiento civil a instancia del juez.

4.- El legislador garantiza la imparcialidad del sentenciador a través del establecimiento de las causales legales de inhabilidad y en esas circunstancias consta de los autos que las partes plantearon tales causales de inhabilidad, las que fueron resueltas negativamente.

5.- El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se encuentra expresamente facultado para decretar de oficio diligencias probatorias, por lo que no puede inferirse que pierda la imparcialidad por este motivo. El artículo 22 inciso segundo del D.L. N° 211 prescribe: "El Tribunal podrá decretar, en cualquier estado de la causa y aun después de su vista, cuando resulte indispensable para aclarar aquellos hechos que aún parezcan oscuros y dudosos la práctica de las diligencias probatorias que estime convenientes".

6.- La prueba tiene la finalidad de lograr la convicción del juez acerca de la existencia de los hechos discutidos en el proceso y consecuentemente de obtener la verdad procesal, de suerte que la prueba no es una actividad que interese sólo a las partes, sino también al juez, quien se encuentra facultado para decretar, por propia iniciativa, las medidas probatorias necesarias para alcanzar su convicción. Lo relevante en esta materia es que el órgano jurisdiccional no

anule la actividad probatoria de las partes, situación que no se vislumbra haya ocurrido. En este asunto nos ilustra el jurista Jordi Nieva Fenoll: "...el proceso jurisdiccional no es una competición para favorecer al litigante más avisado o pícaro incluso, sino un medio de resolución de conflictos que se basa en el esclarecimiento de los hechos y del derecho como forma de poner fin a la disputa. Los conflictos se pueden resolver de muchas formas, incluso a través de ordalías, si se desea. Pero en nuestra cultura hemos decidido que lo más pacífico y razonable era precisamente proceder a ese esclarecimiento. Recuérdense las acertadísimas palabras de Carreras Llansana: el respeto al interés de los litigantes no puede llevarse tan lejos que se obligue al Juez a fallar de modo injusto por olvidos o deficiencias no imputables siquiera a las partes, sino a sus representantes o defensores"... "En conclusión, parece que no existen inconvenientes a que el juez pueda proponer prueba de oficio. Sucede solamente que, a fin de evitar que su actividad al final del proceso, una vez que las partes ya han desplegado su actividad probatoria, como mero complemento para aquel que se ve en la tesitura de juzgar, y se percata de una alarmante falta de datos para hacerlo". (La Valoración de la Prueba, Jordi Nieva, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010, pág. 189.)

Reiterando lo expuesto por esta Corte Suprema al rechazar la reclamación en contra del acuerdo de conciliación, el tribunal en este tipo de salidas alternativas, contempladas expresamente por el ordenamiento jurídico, propone, insta, invita a las partes a llegar a un acuerdo, las cuales son soberanas de aceptar el llamado, es más en el caso particular de autos, como también se indicara, no participó el Tribunal en su generación, no impuso los términos, fueron las partes quienes se presentaron ante el órgano jurisdiccional indicando el acuerdo al que llegaron.

Por último, respecto de tal acuerdo se ha descartado que tenga valor probatorio y si se ha considerado así por el Tribunal de defensa de la Libre Competencia no ha ocurrido lo mismo con esta Corte, por lo que el agravio debe entenderse superado, a todo lo cual se une el antecedente que la integración de esta Corte, en esta oportunidad es completamente diverso a la que aprobó el acuerdo de conciliación, de forma tal que tampoco en este caso se afecta la garantía de ser juzgado por un tribunal objetivamente independiente y subjetivamente imparcial.

VIGESIMO SEXTO: Declaraciones de ejecutivas de Farmacias Ahumada S. A. Las reclamantes plantean que no debió otorgárseles valor probatorio a las declaraciones prestadas por Alejandra Araya, Lissette Carrasco y Paula Mazachiodi, ex

ejecutivas de Farmacias Ahumada, quienes depusieron en distintas sedes, a saber:

1.- Ante la Fiscalía Nacional Económica, negaron la existencia de un acuerdo de colusión.

2.- Ante abogadas de Farmacias Ahumada S. A. en una oficina de esa empresa y en el marco de una investigación interna. Reclaman que estas declaraciones no tienen fecha y fueron preparadas por las abogadas Nicole Nehme e Inger Dahl, Fiscal de la empresa.

3.- Ante el Ministerio Público, donde las ex trabajadoras explicaron las circunstancias que rodearon las declaraciones privadas.

4.- Ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Alegan que sólo se permitió que prestara declaración Lissette Carrasco, mientras que a las otras ejecutivas sólo se les autorizó para ratificar sus declaraciones, impidiéndoseles contrainterrogarlas.

Estiman las recurrentes que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se equivocó al calificar todas las declaraciones como prueba testimonial. Además, debió negárseles valor probatorio a los testimonios en virtud de las reglas de la sana crítica. Sin perjuicio, manifiestan que las versiones de las ex ejecutivas carecen de independencia en virtud de las siguientes circunstancias: a) Farmacias

Ahumada pagó al abogado que las defendió en sede penal; b) Farmacias Ahumada tenía interés en asegurar la declaración de ellas en los términos a que se obligó en el acuerdo de conciliación; y c) Farmacias Ahumada mantuvo a las ejecutivas como trabajadoras hasta fines del año 2009, data en que les pagó indemnizaciones laborales que eran improcedentes y más todavía a Paula Mazzachiodi la contrató bajo el pretexto de asesorías que no realizó, pagándole por éstas honorarios por sobre los \$ 100.000.000.

Es necesario tener presente los siguientes antecedentes previos que inciden en los asuntos recién propuestos por la reclamación:

1.- La primera parte del inciso segundo del artículo 22 del D.L. N° 211 establece: "Serán admisibles los medios de prueba indicados en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil y todo antecedente o indicio que, en concepto del Tribunal, sea apto para establecer los hechos pertinentes".

2.- El Código de Procedimiento Civil no reconoce como medio de prueba de testigos a las declaraciones que no han sido prestadas ante el juez de la causa, esto es, no existen como tales los relatos prestados fuera del ámbito del proceso judicial.

3.- Sin perjuicio de ello, esas declaraciones podrán tener para el órgano jurisdiccional el mérito de un mero antecedente.

4.- En lo concerniente a las pruebas verificadas fuera del presente proceso de libre competencia, cobran especial relevancia las que constan en la instancia administrativa llevada ante la Fiscalía Nacional Económica (Rol N° 1129-2008), cuyo fundamento legal se encuentra en el artículo 39 del D. L. N° 211 que prevé la facultad de iniciar una investigación ante dicho órgano con la finalidad de comprobar las infracciones al citado cuerpo legal. Por otra parte, dentro de esa misma categoría de evidencias se acompañaron diversas piezas de la investigación penal seguida por la Fiscalía de Delitos Económicos y Funcionarios de la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte.

5.- Finalmente, debe tenerse presente que bajo las reglas del sistema de apreciación de prueba que rige en el procedimiento seguido por infracciones al D. L. N° 211, no se prevén reglas a priori que fuercen a preferir determinadas declaraciones por sobre otras que pudieren haber sido planteadas.

VIGESIMO SEPTIMO: Contenido de las declaraciones. Como se anticipó las referidas personas declararon en diversas sedes según se explica a continuación:

1.- Ante la Fiscalía Nacional Económica Las tres ejecutivas negaron la existencia de un sistema coordinado de alzas de precios en las cadenas de farmacias.

2.- Ante los abogados de Farmacias Ahumada, las tres ejecutivas declararon en términos similares.

a) Paula Mazzachiodi: Señaló ser subgerente de Farma RX desde el año 2004. Expresó: "en el mes de noviembre de 2007, por primera vez, los laboratorios llegaron con la información de que Salcobrand estaría dispuesta a subir los precios primero y que así se lo había transmitido a los laboratorios"... "En el mes de Noviembre o comienzos de Diciembre de 2007, Bayer trajo una propuesta intermedia: que SB subiera primero los precios de una lista de productos ginecológicos que trajo el propio laboratorio y que luego, FASA y C V subieran los precios, en segundo lugar, por mitades, al mismo tiempo"... "El procedimiento funcionaría así: Día Uno, subía precios de la lista SB; Día Dos, subía precios de la mitad de la lista FASA y de la otra mitad de la lista CV; Día Tres: FASA y CV, respectivamente, subían los precios de aquella mitad que no había subido el día anterior"... "Para verificar el cumplimiento del mecanismo, y como eran días seguidos, tuvimos que empezar a hacer más encuestas de precios de las habituales..."... "Posteriormente, empezaron a llegar otros laboratorios (Bagó, Chile, Saval, Tecnofarma,

Merck y otros que no recuerdo) quienes traían sus propuestas y muchas veces las de sus competidores (de la categoría completa de que se tratara), en forma verbal o habitualmente con listados impresos y precios propuestos, lo que se conversaba en las mismas reuniones comerciales o en reuniones especiales, sin que se enviaran mails"...En las conversaciones con los laboratorios, se hablaba preferentemente por teléfono y la mayoría de las veces haciéndose los contactos en forma directa y personal"...No tuve contacto directo con la competencia respecto a este tema".

b) Alejandra Araya, quien declaró que su cargo era de Category Manager de Farmacias Ahumada desde el año 2006, manifestó: "Los laboratorios nos indicaban que ellos siempre conversaban primero con CV y después con SB y FASA"...Los laboratorios decían que tenían todo coordinado y que ellos se juntaban con los Key Account Managers (KAM) y los Category Managers de cada cadena y también con el Sr. Harding de CV en forma directa"...Nunca tuve ningún contacto con la competencia de FASA".

c) Lissette Carrasco, quien declaró que su cargo era Category Manager desde el año 2006. Expresó: "En cuanto a las llamadas, me comunicaba con los laboratorios sólo por el teléfono fijo de la empresa"...Por esta misma época, los laboratorios empezaron a preguntarnos si sabíamos de alguna

investigación de la Fisclía Nacional Económica o si nos habían pedido información por mail o si habíamos recibido alguna petición expresa en este sentido. Esto último, también puso término a la posibilidad de seguir con las alzas de precios, según la mecánica que se había utilizado”.

3.- Ante el Ministerio Público.

a) Paula Mazzachiodi, señaló: “Un tiempo después llegó a nosotros con otra propuesta teórica que consistía que Salco subía todos los productos un día, al siguiente Cruz Verde subía la mitad de una lista y la otra mitad nosotros y al tercer día se subían las mitades que no había subido el día anterior”...“No existió comunicación con las demás cadenas de farmacias, esto se hizo solamente por intermedio de los laboratorios, eran ellos los que coordinaban las alzas”...“En relación a la declaración que se me exhibe fue escrita por la Fiscal de FASA y Nicol Nehme la que inducía las preguntas. Posteriormente me hicieron firmar la declaración la que en general concordaba con lo que había señalado, salvo en algunas cosas como por ejemplo en dicha declaración aparezco diciendo que este mecanismo se llamaba día uno, dos y tres, pero la verdad es que ello no es así, esto no tenía nombre con el cual nosotros lo identificáramos”.

b) Alejandra Araya señaló: “Una vez efectuadas las reuniones con los laboratorios y elaborado el cronograma de

alza había que verificar con ello se realizara por los demás laboratorios, para este efecto revisaba las encuestas que llegaban"...Yo manifesté mis reparos a estos de que se coordinaran las alzas con las demás farmacias al gerente comercial Ricardo Ewertz, pero él le bajo el perfil a ello"...En relación a la declaración firmada por mi y que me exhibe en este acto efectivamente corresponde a mi firma, pero se hizo en base a una conversación informal en las oficinas de farmacias Ahumada en enero de este año con la abogada Sra. Nehme y una vez terminada imprimieron y no la revisé con detención, pero hay cosas que están sacadas de contexto, como por ejemplo cuando se menciona que supe de otros laboratorios que habían entregado listas, eso lo supe solamente el día de la reunión".

c) Lissette Carrasco, manifestó: "El cargo de category manager consiste en rentabilizar las categorías de medicamentos que se tiene a cargo, es decir, obtener un mayor margen de utilidad con el producto"...A fines del año 2007 me enteré de que Bayer había traído una propuesta de alza de precio a público, lo supe de Paula Masachioddi, ella me dijo que se había aceptado, ello consistía en alzar los precios y que estos precios se subirían en orden por las tres cadenas farmacéuticas, no vi la propuesta particularmente".

4.- Ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

a) Paula Mazzachiodi, ratificó lo señalado en las tres declaraciones previas e hizo uso del derecho a guardar silencio.

b) Alejandra Araya, quien expresó respecto a la declaración firmada ante las abogadas de Farmacias Ahumada S. A.: "Efectivamente, es que no fue una declaración, ella me hizo preguntas, una reunión informal, preguntas informales y en ningún caso directamente relacionadas con éste, me preguntó cosas vagas, y yo firmé, y la verdad no leí, porque uno piensa que una compañía en la que trabaja durante diez años, va a salir con este tipo de cosas, de hecho yo me enteré de todos esto, por el diario". Luego se le pregunta si recibió algún tipo de instrucciones respecto al contenido de las declaraciones que prestó días antes, ante el Ministerio Público o la Fiscalía Nacional Económica y respondió negativamente. Añade más adelante: "...cada vez que los laboratorios hacen alzas de costo de producto, lo ideal es que todas las cadenas suban, porque si yo quedo más cara, evidentemente voy a perder venta, aun cuando sean productos de baja rotación...". Dice: "...son las personas que tienen contacto con las otras cadenas, yo no tengo contactos, por lo tanto, mal podría pedirle directamente".

c) Lissette Carrasco declaró que el abogado le señaló que tenía que decir la verdad ante el Ministerio Público. La testigo ejerció su derecho a guardar silencio. Pero precisó en cuanto a la declaración firmada ante abogadas de FASA: "...no lo firmé en términos de una declaración, simplemente como una conversación dentro de Farmacias Ahumada, mientras yo trabajaba en ese minuto..."

VIGESIMO OCTAVO: Ponderación de declaraciones por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. El Tribunal apreció las declaraciones de las ex trabajadoras de Farmacias Ahumada conjuntamente y como prueba testimonial. Sin embargo, la diferente naturaleza de cada una de ellas y las particulares circunstancias en que fueron prestadas determinaba que los sentenciadores las diferenciaron a fin de evaluar su mérito probatorio.

En primer lugar, cabe restar valor probatorio a los instrumentos en los cuales se consignaron las declaraciones prestadas por las ejecutivas ante las abogadas de Farmacias Ahumada en virtud de las siguientes razones:

1.- Las referidas declaraciones no contienen fecha de otorgamiento, ni se deja constancia de las circunstancias de su emisión. Menos se consigna que se les haya advertido a las trabajadoras acerca de las consecuencias jurídicas del reconocimiento de los hechos que efectuaron.

2.- Se tomaron en una oficina de Farmacias Ahumada, en circunstancias que las tres trabajadoras se encontraban a esa época vinculadas laboralmente con dicha empresa.

3.- Se prestaron ante la abogada de la empresa, Nicole Nehme y la Fiscal de la misma, Inger Dahl.

4.- Una de dichas abogadas escribió las declaraciones en un computador.

5.- Las declarantes coinciden en que no leyeron detenidamente lo escrito.

Todos estos antecedentes, apreciados en forma conjunta, permiten inferir que las mencionadas declaraciones fueron promovidas por la actividad realizada por una de las investigadas por colusión de forma unilateral, bajo la presión psicológica de encontrarse investigada su empleadora al imputársele haber cometido un ilícito que involucraba como responsable a la empresa en que trabaja, motivo que es suficiente para negarles efecto probatorio y restarlas de los elementos de juicio a considerar para sustentar convicción sobre el hecho ilícito de la colusión y respecto de la participación de terceros. Como consecuencia lógica de lo razonado se deriva la imposibilidad de dotar de mérito probatorio a cualquier tipo de ratificación de las declaraciones cuestionadas, constituyéndose en un antecedente las prestadas ante otras instancias investigativas, las que

quedan sujetas a valoración, pero no como una declaración judicial.

VIGESIMO NOVENO: Ponderación de las declaraciones por esta Corte. En lo concerniente a las declaraciones que fueron prestadas ante otras sedes, distintas de la jurisdicción contenciosa administrativa-económica, resulta pertinente distinguir la situación de las emitidas por Lissette Carrasco y Paula Mazzachiodi, por cuanto ante el Tribunal de Defensa de la libre Competencia ellas ejercieron el derecho a guardar silencio. Por consiguiente, sólo figuran las deposiciones aportadas ante la Fiscalía Nacional Económica y el Ministerio Público. En relación a dichas declaraciones, cabe tener presente los siguientes antecedentes:

1.- Las declaraciones son contradictorias entre sí. En la primera, esto es, durante la investigación administrativa que llevaba la Fiscalía Nacional Económica, las declarantes negaron la existencia de un acuerdo de precios. En la segunda, ante el Ministerio Público, dieron datos concretos acerca de la coordinación entre los laboratorios y las cadenas de farmacias respecto del incremento de los precios de los medicamentos.

2.- Las declaraciones entregadas ante el Ministerio Público se prestaron voluntariamente, luego que las imputadas renunciaran al derecho a guardar silencio.

3.- Las declaraciones prestadas ante esta última sede se realizaron después de concluida la investigación administrativa de la Fiscalía Nacional Económica, esto es, cuando militaban un conjunto de antecedentes que permitían corroborar las referencias proporcionadas, particularmente en relación a los correos electrónicos y los antecedentes sobre los movimientos y las secuencia de los precios de los medicamentos.

4.- La relación de los antecedentes que las declarantes dieron cuenta ante el Ministerio Público fue detallada y concuerdan con las evidencias del proceso.

5.- No se encuentra establecido que el abogado que las acompañó ante el Ministerio Público haya influido en sus declaraciones. De hecho, Lissette Carrasco afirmó ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en el marco de preguntas sobre credibilidad, que el abogado le señaló expresamente que debía declarar la verdad.

6.- Las circunstancias de que las declarantes hayan permanecido como trabajadoras de la empresa Farmacias Ahumada hasta fines del año 2009, fecha en que por mutuo acuerdo terminaron su relación laboral o que la declarante Paula Mazzachiodi haya sido contratada posteriormente por la misma, no constituye un motivo suficiente para dudar de la

sinceridad de las declaraciones prestadas ante el Ministerio Público.

Este conjunto de antecedentes permiten sostener que deben preferirse las declaraciones prestadas ante el Ministerio Público y que por su concordancia con el resto de los elementos probatorios surgen como un mero antecedente respecto de la existencia del acuerdo de alza de precios y de la participación de las empresas implicadas.

En torno a las declaraciones prestadas por Alejandra Araya, se suma la circunstancia de que ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en términos generales y vagos desconoció lo señalado ante el Ministerio Público, sin embargo, no entregó razón alguna para variar el contenido de su versión anterior.

TRIGESIMO: Declaraciones de testigos cuyos nombres no son señalados por el fallo recurrido. Cruz Verde alega que la sentencia reclamada otorga indebidamente valor de prueba testimonial a la declaración reservada de un ejecutivo de Farmacias Ahumada prestada ante el Ministerio Público.

A su vez, Salcobrand reclama que se otorgue mérito probatorio al mismo ejecutivo, quien no compareció al tribunal a ratificar su declaración. Asimismo, cuestiona que el tribunal se refiera a las declaraciones prestadas ante el Ministerio Público por una profesional que trabajaba en

Farmacias Ahumada que no nombra y que no compareció al tribunal.

Esta Corte aceptará los predicamentos de las reclamantes, pues considera que no es posible que las referidas declaraciones configuren un mero indicio o antecedente a ponderar, toda vez que al no identificarse las personas que prestaron declaración, origina que el tribunal sentenciador se encuentre impedido de controlar el conocimiento del origen de la fuente probatoria y de evaluar los atributos de la evidencia, especialmente al dar razón de sus dichos, como la sinceridad de los relatos. Consiguientemente, también priva o limita a las partes el ejercicio de sus derechos procesales de impugnación en relación a dicha prueba. Tal medio probatorio permite desarrollar aristas de investigación, pero en cuanto a su valor probatorio, de no estar rodeada de incuestionables razonamientos y circunstancias de tiempo, modo, espacio y lugar, deja a las partes y al tribunal con interrogantes que no es posible vencer.

TRIGESIMO PRIMERO: Declaración de Jaime Trewik. Cruz Verde reclama en relación a la declaración de Jaime Trewik, ejecutivo de Farmacias Ahumada, que se omitió que él depusiera sobre el hecho que los antecedentes de precios de las competidoras corresponden al dato de un día; que no

reflejan necesariamente el día objetivo en que los valores se movieron; que no participó en el área de precios en el tiempo en que habrían ocurrido los hechos; y que desconocía la existencia de algún acuerdo para alzar los precios.

A su turno, Salcobrand asevera que de ninguna de las declaraciones de Trewik puede desprenderse la existencia de una colusión. Puntualiza que el testigo sostuvo que durante el período existió un aumento de encuestas especiales en días seguidos respecto a las alzas en medicamentos crónicos. Menciona que el fallo no se refirió a su declaración ante la Fiscalía Nacional Económica, ratificada ante el tribunal, en la que expuso que el alza de precios de los medicamentos producida a contar de fines del año 2007 se debió a que Cruz Verde "dejó de bajar los precios y reaccionó subiendo los precios de los medicamentos ya que esta política no le reportó dividendos y nosotros como somos seguidores de precios los seguimos también al alza", agregando que "Salcobrand también vio las alzas de precios y subió los medicamentos e incluso en algunos casos subió los precios a su discreción", todo lo cual se habría dado "en los productos de las categorías crónicas con alto porcentaje de ser notables, que primero habían bajado mucho de precio".

Es efectivo que la declaración de la persona mencionada no puede constituir un elemento probatorio que sirva para

acreditar por si solo la existencia del acuerdo colusorio, pero sí puede configurar un antecedente que, debidamente ponderado, junto a otros elementos de juicio, pueda concurrir para precisar la circunstancia que durante el periodo investigado se produjo un aumento anormal de encuestas especiales o cotizaciones de parte de Farmacias Ahumada en relación al precio de los medicamentos en la competencia.

TRIGESIMO SEGUNDO: Declaración de Gonzalo Izquierdo.

Cruz Verde alega que el fallo recurrido incurrió en una contradicción, puesto que por un lado señaló que los datos aportados por el testigo -Gerente de Cuentas Claves de Laboratorio Grünenthal- no coinciden con las secuencias de movimientos de precios, sin embargo, de todos modos le otorgó valor a su declaración para desacreditar los testimonios de los ejecutivos que afirmaron desconocer la existencia del acuerdo y para emplearla como prueba de cargo. Además, no se consideró íntegramente su testimonio, ya que expuso: "No tengo antecedentes que ninguna de las tres cadenas se hayan puesto de acuerdo con estos 222 medicamentos en discusión, no tengo antecedentes".

Mientras que Salcobrand además de lo expuesto, indicó que ante la Fiscalía Nacional Económica, el testigo declaró respecto del medicamento Belara, que había hablado con Cruz Verde, no así con Salcobrand, dado que "no era necesario

puesto que era la cadena más chica y seguía los precios de las demás". Agrega que el fallo altera el sentido de la expresión: "yo creo que el ajuste de los precios al alza se lo pidieron a varios laboratorios, pero no tengo certeza".

No cabe aceptar la defensa de las reclamantes por cuanto obran en su contra los siguientes antecedentes:

1.- El antecedente de alza de coordinación de precios que surge de su propia declaración prestada ante la Fiscalía Nacional Económica al señalar que las cadenas le habrían solicitado que interviniera en el aumento de precio del medicamento Belara: "Ahumada me pidió que hablara con Cruz Verde para que subiera los precios de Belara, y yo hablé y se coordinaron para subirlo", "cuando se coordinó esta alza subieron las dos cadenas: Cruz Verde y Farmacias Ahumada S. A., y Salcobrand no estaba tan abajo con el precio. Esto fue chequeado y se comunicó a las cadenas que había subido el precio conforme a lo acordado"... "yo creo que el ajuste de los precios al alza se lo pidieron a varios laboratorios, pero no tengo la certeza";

2.- El elemento de juicio que surge de su propia declaración ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, al afirmar: "Para que diga el testigo cuándo ocurrió esta solicitud que denomina "regularización de precio" quien se lo solicitó y cuales fueron las

circunstancias y condiciones de dicha solicitud. R. Fecha debió haber sido a fines de 2007 cuando paró la guerra de precios y se unificaron para regularizar el precio de Belara y en las tres además el precio por que nosotros en el laboratorio ya habíamos tenido el alza, entonces nos pidieron coordinar con las tres cadenas estandarizar el precio según la lista vigente a la fecha. Con el fin de terminar la guerra de precio hubo criterio uniforme de las 3 cadenas para regularizar el precio, solamente el laboratorio regularizó si es que era posible, no influíamos en nada nosotros"...Para que aclare el testigo quién solicitó la regularización de los precios que ha señalado. Los tres gerentes de compra de cada cadena de farmacias en esas fechas o subgerente de compras"...Para que el testigo diga los nombres de dichos funcionarios de las cadenas farmacéuticas que ha mencionado.

R: Paola Mazzachiodi por FASA. por Salcobrand Leonardo Pelroth y por Cruz Verde, nosotros nos entendíamos con Socofar, no recuerdo el nombre exacto pero era el jefe de compras, era una solicitud de los 3 hacia los laboratorios para que se pusieran de acuerdo, ninguno influyó más, era por favor habla con ellos para que suban el precio, esto después de la guerra de los precios"...Para que diga el testigo si sabe si la referida regularización se hizo efectiva en las 3 cadenas de farmacias mencionadas. R: Si, con un desfase de 2

ó 3 días cada una de ellas"...Para que aclare el testigo a que precio aproximado llegó finalmente el resultado de dicho aumento en todas las cadenas. Alrededor de 12.500 pesos después del alza"...Para que diga si este tipo de peticiones de regularizar los precios efectivos de venta público efectuadas por las cadenas al laboratorio Grunenthal, había ocurrido en otras oportunidades. R: No, no ha ocurrido"...Efectivamente Salcobrand era la cadena más chica, por lo tanto, era la última en conectarse a este cambio, la conversación primera era con Ahumada y Cruz Verde y ahí hablábamos con Salcobrand, las instancias iniciales se hizo con Ahumada y Cruz Verde primero y por sugerencia de Pelroth los incluimos también a ellos, pero efectivamente se inició con Ahumada y Cruz Verde, como era la mas chica y el volumen de venta era menor también la sugerencia se hizo con las otras 2 primero".

3.- El comportamiento de coordinación de alzas de precios que resulta del movimiento y secuencia de precios del medicamento involucrado que en el caso de Laboratorio Grünental corresponde al producto Belara (N° 50) del que aparece que su precio fue aumentado en días prácticamente seguidos y registrando montos muy similares. En efecto, entre los días 23 y 25 de enero de 2008, el precio se alineó entre

las cadenas Salcobrand y Farmacias Ahumada en \$ 11.200 y en Cruz Verde quedó en \$ 11.197.

Así, no es posible otorgar valor probatorio a la declaración de Juan Martín Wolpert (Director Financiero del Laboratorio Grünenthal) quien ante la Fiscalía Nacional Económica señaló: "¿Cómo explica el alza del precio de los medicamentos, producida a contar de fines de 2007?" Yo no tengo antecedentes que permitan concluir porqué se produjo el alza. Sólo podría especular".

TRIGESIMO TERCERO: Declaración de Marcelo Flores Clavijo. Cruz Verde reclama que la sentencia recurrida le otorgó credibilidad a la declaración de Marcelo Flores, Gerente de Ventas de Laboratorio Recalcine, prestada ante la Fiscalía Nacional Económica, pese a que ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia negó cualquier coordinación para alzar el precio, lo cual significa que al menos en una de sus declaraciones el testigo mintió, por lo que en aplicación de las reglas de la sana crítica no es posible otorgarle mérito probatorio.

En tanto, Salcobrand señala que el fallo recurrió a citas parciales para tergiversar el contenido y alcance de las declaraciones del testigo. Ante el Tribunal indicó: Laboratorio Recalcine "sólo podía sugerir un precio estimado" ya que "la decisión del precio a público es propia de cada

una de las 3 cadenas de acuerdo a su política de precios"... "Laboratorio Recalcine no impone precios público" y que éstos "son resorte de las cadenas de farmacias". Según la reclamante lo señalado es concordante con lo declarado ante la Fiscalía Nacional Económica cuando afirmó: a las cadenas "muchas veces no les acomoda nuestra sugerencia" y frente a eso "conversamos con ellos, para ver que pretenden, pero en marzo y abril (año 2008) nos hemos juntado y no hemos obtenido nada".

Cabe rechazar la defensa de las reclamantes, puesto que obran en su contra los siguientes elementos de juicio:

1.- El antecedente de coordinación de fijación de precios que surge de la literalidad del correo electrónico enviado el 15 de enero de 2008 por Marcelo Flores a Cristián Catalán, Category Manager de Cruz Verde, cuyo "asunto" es "Valpax tradicional", en que le señala: "Cristián: conforme a tu solicitud, conversé con FASA y están dispuestos a ajustar pvp de acuerdo a nuestro sugerido, esperan que confirmes fecha y que lo realices tu (sic) primero una vez (que) chequean la situación ellos ajustan en el mismo día".

2.- El cargo que nace de la declaración prestada por Marcelo Flores ante la Fiscalía Nacional Económica al exponer: "en el caso de los antibióticos, han subido las tres cadenas iguales", y que no recuerda que en años anteriores

"hayan habido alzas tan pronunciadas"...las farmacias "monitorean entre ellas" las alzas de precios. Sostuvo que las cadenas le habían pedido coordinar el día de las alzas con las otras cadenas, para así evitar que "una u otra quede menos competitiva"... "de alguna forma responsabilizan en mí el éxito de la coordinación, aunque yo no tenga poder de hacerla cumplir al resto de las cadenas".

3.- El elemento de juicio respecto del acuerdo de precios que surge de su declaración prestada ante el Ministerio Público cuando asevera: "existía algún problema con el medicamento Valpax, el cual debió haber estado en Cruz Verde fuera de banda de precios sugeridos, que es la que me permite realizar mi estrategia de promoción médica" (...) "Respecto a ello Cristián Catalán me debió haber dicho que si él bajaba el precio tenían que hacerlo todos, es decir, las demás cadenas" (...) "A propósito de esto, con la finalidad de obtener lo que buscaba, en este caso debí haberme puesto en contacto con FASA, no recuerdo con quien particular, pero tenía que ser con el category a cargo de la categoría sistema nervioso central" (...) "En FASA debieron haberme dicho que para realizar aquello debían hacerlo las demás cadenas". "De acuerdo al correo Cruz Verde me pidió que competencia bajara primero el precio y que una vez que ello (sic) lo hicieran ellos también lo harían". "Estoy seguro que esto era para

pedir que se bajara el precio". "Yo puedo asegurar que este producto no estaba en ese momento bajo el costo (...)". "Esta no fue la única vez que se realizó una operación de este tipo, no es frecuente, pero tampoco es anormal".

4.- La circunstancia que ante el Tribunal señaló: "Dada la gran cantidad de comunicaciones por distintos motivos sostenida por los ejecutivos comerciales de las 3 cadenas de farmacias y en lo largo de período de tiempo transcurrido desde esa fecha hasta el día de hoy, no puedo precisar lo que me están preguntando..."

5.- El antecedente de coordinación de alzas de precios que resulta del movimiento y secuencia de precios de los medicamentos involucrados, que en el caso de Laboratorio Recalcine alcanzó a veintisiete productos farmacéuticos, del que aparece que al menos en veintitrés de esos casos los precios fueron aumentados en días prácticamente seguidos y quedando en montos iguales o muy similares, según se ilustra a continuación:

a) Lerogin (N° 10). Entre los días 29 y 31 de enero de 2008 el precio del producto quedó alineado en Cruz Verde y Farmacias Ahumada en \$ 8.450, mientras que en Salcobrand el precio fue aumentado a \$ 8.490.

b) Ciclomex (N° 16). Entre los días 23 y 25 de enero de 2008 el precio del medicamento quedó ajustado en las cadenas

de farmacias Salcobrand y Farmacias Ahumada en \$ 6.100, mientras que en Cruz Verde el precio fue alzado a \$ 6.097.

c) Ciclidon (N° 21). Entre los días 27 y 29 de diciembre de 2007 el precio del medicamento quedó regulado en las cadenas de farmacias Salcobrand y Farmacias Ahumada en \$ 4.900, mientras que en Cruz Verde el precio fue incrementado a \$ 4.897.

d) Ciclomex (N° 22). Entre los días 25 y 29 de diciembre de 2007 el precio del medicamento quedó alineado en las tres cadenas de farmacias en \$ 5.400.

e) Ciclomex (N° 25). Entre los días 23 y 25 de enero de 2008 el precio del medicamento quedó fijado en las cadenas de farmacias Salcobrand y Farmacias Ahumada en \$ 6.400, mientras que en Cruz Verde el precio fue alzado a \$ 6.397.

f) Dal (N° 36). Entre los días 23 y 25 de enero de 2008 el precio del producto en las cadenas de farmacias Salcobrand y Farmacias Ahumada fue aumentado a \$ 7.100, mientras que en Cruz Verde el precio fue alzado a \$ 7.098.

g) Recamicina (N° 40). Entre los días 18 y 20 de marzo de 2008 el precio del remedio fue alineado en las tres cadenas de farmacias en \$ 13.200.

h) Atemperator (N° 41). Entre los días 29 y 31 de enero de 2008 el precio del producto quedó ajustado en Cruz Verde y

Farmacias Ahumada en \$9.990, mientras que en Salcobrand el precio fue aumentado a \$9.992.

i) Ipran (N° 46) Entre los días 18 y 20 de febrero de 2008 el precio del medicamento fue alineado en las tres cadenas de farmacias en \$ 14.400.

j) Flemex (N° 58) Entre los días 13 y 18 de marzo de 2008 el precio del medicamento quedó establecido en las tres cadenas de farmacias en \$ 8.300.

k) Atemperator (N° 96). Entre los días 29 y 31 de enero de 2008 el precio quedó determinado de la siguiente manera: Cruz Verde: \$ 7.987, Salcobrand: \$ 7.992 y Farmacias Ahumada: \$ 7.990.

l) Femelle (N° 99). Entre los días 23 y 25 de enero de 2008 el precio del medicamento quedó alineado en las tres cadenas de farmacias en \$ 10.500.

m) Femelle (N° 100). Entre los días 23 y 25 de enero de 2008 el precio del medicamento quedó regulado en las tres cadenas de farmacias en \$ 10.200.

n) Corodin (N° 106). Entre los días 18 y 20 de febrero de 2008 el precio quedó definido del siguiente modo: Cruz Verde: \$ 12.888, Salcobrand: \$ 12.892 y Farmacias Ahumada: \$ 12.890.

ñ) Ipran (N° 114). Entre los días 18 y 20 de febrero de 2008 el precio del producto quedó alineado en las tres cadenas de farmacias en \$ 24.900.

o) Corodin (N° 135). Entre los días 18 y 20 de febrero de 2008 el precio del medicamento quedó determinado en Farmacias Ahumada y Cruz Verde en \$ 8.190 y en Salcobrand aumentó a \$ 8.192.

p) Plexus (N° 140). Entre los días 18 y 20 de febrero de 2008 el precio quedó establecido así: Cruz Verde: \$ 5.688, Salcobrand: \$5.692 y Farmacias Ahumada: \$ 5.690.

q) Prozac (N° 149). Entre los días 17 y 19 de febrero de 2008 el precio del medicamento quedó alineado en las tres cadenas de farmacias en \$ 22.800.

r) Zyprexa (N° 181). Entre los días 18 y 20 de febrero de 2008 el precio del producto fue fijado en \$ 15.990 en Cruz Verde y Farmacias Ahumada, mientras que en Salcobrand quedó en \$ 15.900.

s) Dixi-35 (N° 185). Entre los días 18 y 20 de febrero de 2008 el precio del producto quedó determinado de la siguiente forma: \$ 9.787 en Cruz Verde; \$ 9.792 en Salcobrand y \$ 9.790 en Farmacias Ahumada.

t) Neuractin (N° 203). Entre los días 3 y 5 de marzo de 2008 el precio se fijó en \$ 29.000 en Salcobrand y Farmacias

Ahumada mientras que en Cruz Verde quedó definido en \$ 28.998.

u) Neuractin (N° 204). Entre los días 3 y 5 de marzo de 2008 el precio del medicamento se reguló en Salcobrand y Farmacias Ahumada en \$ 8.500 y en Cruz Verde en \$ 8.497.

v) Zyprexa (N° 206). Entre los días 12 y 13 de marzo de 2008 el precio fue aumentado a \$ 30.990 en Cruz Verde y Farmacias Ahumada mientras que en Salcobrand se alzó a \$ 30.992.

TRIGESIMO CUARTO: Declaraciones de Solange Suárez y Sebastián Stevenson. Salcobrand reclama que el fallo impugnado al aludir a las declaraciones de Solange Suárez, ejecutiva de Cruz Verde, prestadas ante la Fiscalía Nacional Económica recurrió a citas parciales para tergiversar su alcance, ya que a la consulta: "en qué ocasiones le envían listas de precio de venta a público sugerido los laboratorios", contestó: "Cuando cambian lista de precios los laboratorios, se las envían a Socofar, paralelamente con poca frecuencia los laboratorios remiten el listado de precio, y con menor frecuencia adjuntan la lista de precio de venta a público sugerido. Estas listas generalmente la hacen llegar por carta y lo dejan en un sobre, hay otros que me lo dejan personalmente por mano, cuando concurren a las farmacias a ver otros temas". En cuanto al testimonio de Sebastian

Stevenson, de Laboratorios Garden House Chile, éste declaró que Farmacias Ahumada y Cruz Verde dejaron de responder mails y llamadas telefónicas, pero que Salcobrand siguió con sus canales de comunicación normales, por lo que el supuesto procedimiento de comunicación -que procuró no dejar rastro de los contactos - no tuvo lugar en el caso de Salcobrand.

En tanto, Cruz Verde alega que se no apreció debidamente la declaración de la ejecutiva Suárez, pues ella no se refirió a listas de alzas de precios. Además, la declaración del testigo Stevenson se refiere a la pregunta que se le hace respecto al impacto de la investigación de la Fiscalía Nacional Económica con posterioridad al período colusivo.

El razonamiento del tribunal únicamente apunta a constatar que la prueba de los ilícitos de colusión es en extremo compleja, porque precisamente los implicados procuran no dejar rastros de los contactos entre ellos. En todo caso, lo rescatable de las declaraciones prestadas por estos ejecutivos, sirve para formar convicción respecto de la ejecución, pues no obstante ser relatos generales, concuerdan con otros antecedentes del proceso, en el sentido que dan cuenta innegablemente de la existencia de comunicaciones respecto de los precios de los medicamentos y que esto se realiza con los laboratorios.

TRIGESIMO QUINTO: Declaración de Sergio Purcell

Robinson. Cruz Verde reprocha que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no se refiriera a las declaraciones prestadas ante la Fiscalía Nacional Económica y el Ministerio Público por esta persona, quien a la época de los hechos desempeñaba el cargo de Gerente General de Farmacias Ahumada S. A. Sin embargo, tal omisión se produce al constatar su irrelevancia y, en todo caso, se puede subsanar ponderándola este tribunal.

Al revisar la declaración prestada ante el Ministerio Público se demuestra que se trata de una prueba inconducente, la cual no permite construir inferencias que interesen al asunto que está siendo debatido, por lo que los jueces correctamente hacen caso omiso de ella. Así expresa: "De este tema de la fijación de precios solamente me he enterado por la prensa"; "...no estaba dentro de mis atribuciones el fijar el precio de un producto en particular en un momento en particular, eso dependía del departamento de precios"... "El día a día de la negociación de costos no era de mi cargo". Aun mas, resulta manifiestamente contradictoria si se tiene en consideración que ante la Fiscalía Nacional Económica en una fecha anterior había afirmado "La decisión de igualar el precio la tomé yo...", mientras que ante el órgano persecutor penal, como se vio, aseveró no tener relación con la fijación

de precios. Además, su negativa ante el requirente carece de valor si se tienen en cuenta diversos antecedentes:

a) Correo electrónico de 3 de diciembre de 2007 enviado por Fernando Albala, ejecutivo de Laboratorios Maver, a Sergio Purcell, en que le dice: "Estimado Sergio; acá va la confirmación de lo que te comenté el viernes último, sobre los precios tuyos y CV, del Tapsin Puro Paracetamol, espero que puedas restituir el precio de \$990 y no seamos el pato de la boda, si te puedo servir de algo para tratar de mediar entre uds. solo avísame, no tengo idea si me van a pescar en la otra cadena, pero nada se pierde...".

b) La declaración prestada por Paula Mazzchiodi ante el Ministerio Público, en la cual afirma: "No recuerdo la fecha precisa hasta cuando duró este mecanismo, sí que fue hasta el mes de marzo cuando llegaron de la Fiscalía Nacional Económica unos funcionarios que se entrevistaron con la Fiscal solicitando antecedentes para respecto de un determinado número de medicamentos". "Ante ello Sergio tomó la determinación de no seguir recibiendo listados..."

TRIGESIMO SEXTO: Declaración de Ricardo Ewertz. Cruz Verde señala que no se tomó en cuenta su declaración prestada ante el Ministerio Público, en la que negó un acuerdo de alza de precios.

Ricardo Ewertz ocupaba el cargo de Gerente Comercial de Farmacias Ahumada en el área Farma. Pese a lo afirmado por Cruz Verde, en esa misma declaración expone: "De haber existido un alza concertada de precios, dudo que esto hubiese ocurrido sin mi conocimiento"; "...lo que si puedo pensar que existe es que, en algún minuto de este proceso, se alinean los incentivos, el category está desesperado, el laboratorio tiene sus productos desposicionados, y el canal de distribución está perdiendo plata, en algún minuto todos estos elementos gatillan una bomba que explota".

Como puede apreciarse, su exposición no es clara a fin de constituir un elemento de descargo. Más todavía sí se considera que Ángel Seara, ejecutivo de Laboratorios Roche, declaró en el Tribunal de defensa de la Libre Competencia, que en una reunión, Ricardo Ewertz "...presenta una propuesta de incrementos para cada una de esas categorías, y nos dice que nosotros tenemos que ir a, o sea, que Roche tiene que ir a las otras cadenas a informarles de esto"; indicó además que en dicha reunión Ewertz le dijo "o ustedes hacen esto o nosotros le subimos el precio a ustedes y los dejamos exclusivamente y los dejamos fuera del mercado".

TRIGESIMO SEPTIMO: Declaración de Pamela Chandía. Cruz Verde alega en su reclamación que la declaración prestada por

dicha ejecutiva ante el Ministerio Público no fue tomada en cuenta por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Pamela Chandía desempeñaba el cargo de "Jefe de Planificación y Estudios Comerciales de FASA". Ante el Ministerio Público afirmó: "...son las categorías quienes definen los cambios de precios de acuerdo a la política que se está implantando, a esa fecha, fines de 2007 y comienzos de 2008, conocía muy poco la política del área FARMA, recién en enero comencé a interiorizarme de la política de precios"... "Cuando yo llegué como jefe noté que existía un gran volumen de encuestas especiales que mandaban los categorías, es decir ellos pedían encuestas, hoy en día no es así, prácticamente hoy se revisan los resultados de las promociones o de los catálogos".

No procede aceptar la argumentación de Cruz Verde. En efecto, de su declaración puede inferirse que fueron las personas que se desenvolvían en el denominado departamento de precios las que condujeron las acciones específicas relacionadas con la fijación del precio de los medicamentos. Esto resulta especialmente cierto en el presente asunto, en el que las declaraciones de personas que sí se desempeñaron en dicha área comercial han sido quienes entregaron datos concretos respecto a la existencia del acuerdo colusivo y de la participación de las implicadas.

TRIGESIMO OCTAVO: Declaración de José Miguel Correa.

Cruz Verde alega que esta persona, vendedor del Laboratorio Royal Pharma, negó lo aseverado por Alejandra Araya, en cuanto él sería el contacto para la coordinación en el alza de precios.

No figuran medicamentos objeto del requerimiento que correspondan a dicho laboratorio, por lo que el análisis resulta intrascendente.

TRIGESIMO NOVENO: Declaración de José Antonio Caro. Cruz Verde reprocha que el Tribunal no considerara que este ejecutivo del Laboratorio Bayer negó lo señalado por Paula Mazzachiodi en cuanto él sería el contacto para la coordinación.

Ante el Ministerio Público, Caro expuso respecto de lo declarado por Mazzachiodi "en mi caso nunca pudo haberse dado, porque de acuerdo a mi contrato eso no puedo hacerlo".

Paula Mazzachiodi declaró ante el Ministerio Público: "...Con esto se le respondió a Bayer, trayéndonos José Antonio Caro el listado de productos"... "La propuesta de Bayer consideraba 10 o 12 productos anticonceptivos, que eran de los más comercializados y podía provocar un efecto en los márgenes".

No es posible aceptar el planteamiento de Cruz Verde, porque según ya se estableció, la declaración prestada por

Mazzachiodi ante el Ministerio Público constituye un antecedente de la existencia del acuerdo de alza de precios y de la participación de las empresas implicadas, al igual que el testimonio dado en la misma sede por Araya. A este respecto las declaraciones de las ejecutivas de Farmacias Ahumada son concordantes con el antecedente de coordinación de alzas de precios que resulta del movimiento y secuencia de precios de los medicamentos involucrados que en el caso de Laboratorio Bayer asciende a seis productos farmacéuticos, del que aparece que al menos en cinco de ellos los precios fueron alzados en días prácticamente seguidos y presentando montos iguales o muy similares, según se muestra a continuación:

a) Yasmín (N° 77). Entre los días 10 y 13 de diciembre de 2007 el precio de este medicamento quedó determinado de la siguiente manera: en Salcobrand y Farmacias Ahumada \$ 8.488 y en Cruz Verde \$ 8.681.

b) Microgynon (N° 128). Entre los días 11 y 13 de diciembre de 2007 el precio del medicamento se reguló así: Salcobrand \$ 2249; Farmacias Ahumada \$ 2.240 y Cruz Verde \$ 2.238.

c) Gynera (N° 123). Entre los días 25 y 29 de diciembre de 2007 el precio de este producto se alineó en Salcobrand y

Farmacias Ahumada en \$ 3.400, en tanto en Cruz Verde aumentó a \$ 3.397.

d) Conti-Marvelon (N° 138). Entre los días 23 y 25 de enero de 2008 el precio del medicamento se ajustó en Salcobrand y Farmacias Ahumada en \$ 10.600, mientras que en Cruz Verde se fijó en \$ 10.597.

e) Gynera (N° 158). Entre los días 23 y 25 de enero de 2008 el precio del medicamento en las cadenas Salcobrand y Farmacias Ahumada se reguló en \$ 6.700, en tanto en Cruz Verde se fijó en \$ 6.697.

En virtud de lo señalado, no es posible darle valor a la declaración de Gonzalo Rivera (jefe de ventas de Laboratorio Bayer) prestada ante la Fiscalía Nacional Económica, quien aseveró: "¿Cómo explica el alza del precio de los medicamentos, producida a contar de fines de 2007? En mi caso, no tengo explicación. Nosotros la última alza que tuvimos fue en septiembre de 2007, de un promedio de un 2% o 3%. Nosotros no hemos tenido ninguna alza posteriormente". En el mismo sentido, tampoco es creíble la declaración de Alfonso González Puig (asistente de trade marketing de Bayer) quien dijo ante la Fiscalía Nacional Económica: "¿Cómo explica el alza de precio de los medicamentos, producida a contar de fines de 2007? La lista de precios de Bayer fue una vez la que subió, en septiembre de 2007. Nunca más lo hemos

hecho hasta la fecha. No entiendo por qué las cadenas han subido tantas veces sus listas de precios a público”.

CUADRAGESIMO: Declaración de Jorge Miranda. Cruz Verde alega que la declaración de Jorge Miranda, Gerente del Laboratorio Bagó, ante la Fiscalía nacional Económica no fue considerada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

No cabe acoger la alegación de la reclamante Cruz Verde, toda vez que obra en contra de su planteamiento el antecedente de coordinación de alzas de precios que resulta del movimiento y secuencia de precios de los medicamentos involucrados que en el caso de Laboratorio Bagó asciende a cinco productos farmacéuticos, del que aparece que al menos en cuatro de esos casos los precios fueron aumentados en días prácticamente seguidos y terminados en montos iguales, según se muestra a continuación:

a) Degraler (N° 56). Entre los días 10 y 12 de diciembre de 2007 el precio del medicamento quedó alineado en las tres cadenas de farmacias acusadas en \$ 6.900.

b) Talfex (N° 113). Entre los días 10 y 13 de diciembre de 2007 el precio del medicamento se igualó en las tres cadenas de farmacias denunciadas en \$ 6.500.

c) Remitex (N° 142). Entre los días 10 y 12 de diciembre de 2007 el precio del medicamento quedó alineado en las empresas acusadas en \$ 9.900.

d) Neuryl (N° 217). Entre los días 10 y 12 de diciembre de 2007 el precio del producto aumentó en las tres cadenas de farmacias acusadas a \$ 5.500.

De esta manera, no resultan justificadas las declaraciones de Marcelo Finschi (jefe de ventas del Laboratorio Bagó) y de Henry Vergara (ejecutivo del mismo laboratorio) prestadas ante la Fiscalía Nacional Económica, quienes por el contrario, sostuvieron que para los casos de los productos Bagó, en los últimos meses, no se ha elaborado una nueva lista de precios de venta correspondiente a un aumento de costos, puntualizando que el alza de precios a público en nada tiene que ver con la variación de algún precio de lista.

CUADRAGESIMO PRIMERO: Declaración de Cecilia Rojas. Cruz Verde alega que la declaración de Cecilia Rojas, ejecutiva del Laboratorio Chile, ante el Ministerio Público no fue tomada en cuenta, particularmente al señalar: "Nunca he conversado paralelamente con las tres cadenas de farmacias por el precio de un producto".

Ante el Ministerio Público aseveró sobre el correo electrónico enviado a Ramón Ávila el día 7 de enero de 2008,

pedía que bajara el precio del medicamento "Ambilan" y que a eso se refería al emplear la expresión "acuerdo". Dice que "no está segura" de haberse contactado con la competencia de Salcobrand respecto al precio del mismo producto.

No corresponde dar lugar al descargo planteado por Cruz Verde, basada en el dicho de esa testigo, por cuanto obra en su contra el cargo de coordinación de alzas de precios que resulta del movimiento y secuencia de precios de los medicamentos objeto del requerimiento que en el caso de Laboratorio Chile suman veintiún productos farmacéuticos, del que aparece que al menos en diecisiete de esos casos los precios fueron fijados en días prácticamente seguidos y quedando en montos iguales o muy similares, según se ilustra a continuación:

a) Feminol (N° 4). Entre los días 23 y 25 de enero de 2008 el medicamento se reguló en Salcobrand en \$ 5.752, en Cruz Verde \$ 5.748 y en Farmacias Ahumada \$ 5.750.

b) Herolan (N° 6). Entre los días 27 y 29 de diciembre de 2007 el precio del producto fue aumentado a \$ 5.600 en Farmacias Ahumada y Salcobrand, mientras que a \$ 5.598 en Cruz Verde.

c) Tobe (N° 13). Entre los días 27 y 29 de diciembre de 2007 el precio del medicamento fue fijado en las cadenas

Farmacias Ahumada y Salcobrand en \$ 8.900, en tanto en Cruz Verde fue regulado en \$ 8.898.

d) Tensoliv (N° 29). Entre los días 7 y 10 de enero de 2008 el precio del producto en las tres cadenas de farmacias denunciadas se alineó en \$ 3.900.

e) Lady-Ten (N° 33). Entre los días 27 y 29 de diciembre de 2007 el precio del medicamento se fijó en las cadenas Salcobrand y Farmacias Ahumada en \$ 6.800 y en Cruz Verde en \$ 6.798.

f) Sinasmal (N° 37). Entre los días 27 y 29 de diciembre de 2007 el precio del producto se definió en Salcobrand y Farmacias Ahumada en \$ 3.500, en tanto en Cruz Verde aumentó a \$ 3.498.

g) Gynostat (N° 42). Entre los días 27 y 28 de diciembre de 2008 el precio del producto fue incrementado a \$ 4.700 en Salcobrand y Farmacias Ahumada, en tanto en Cruz Verde quedó en \$ 4.698.

h) Trittico (N° 45). Entre los días 27 y 29 de diciembre de 2008 el precio del medicamento fue subido en Salcobrand y Farmacias Ahumada a \$ 8.200, mientras que en Cruz Verde fue fijado en \$ 8.197.

i) Simperten (N° 59). Entre los días 15 y 17 de enero de 2008 el precio del producto fue alzado en Salcobrand y

Farmacias Ahumada a \$ 9.800, en tanto en Cruz Verde en \$ 9.798.

j) Morelin (N° 78). Entre los días 7 y 10 de enero de 2008 el precio del producto fue aumentado en Salcobrand y Farmacias Ahumada a \$ 4.900, en tanto en Cruz Verde se fijó en \$ 4.897.

k) Dorsof (N° 80). Entre los días 7 y 10 de enero de 2008 el precio se alineó en Salcobrand y Farmacias Ahumada en \$ 11.900, mientras que en Cruz Verde aumentó a \$ 11.898.

l) Frenaler (N° 82). Entre los días 27 y 29 de diciembre de 2007 el precio se ajustó en las tres cadenas de farmacias en \$ 3.600.

m) Marathon (N° 85). Entre los días 28 y 30 de diciembre de 2007 el precio se alineó en las tres empresas denunciadas en \$ 4.500.

n) Simperten (N° 87). Entre los días 27 y 29 de diciembre de 2007 el precio aumentó en Salcobrand y Farmacias Ahumada a \$ 8.500, mientras que en Cruz Verde se alzó a \$ 8.497.

ñ) Posivyl (N° 109). Entre los días 27 y 29 de diciembre de 2007 el precio subió en Salcobrand y Farmacias Ahumada a \$ 14.500, en tanto en Cruz Verde se alzó a \$ 14.497.

o) Frenaler (N° 213). Entre los días 27 y 30 de diciembre de 2007 el precio fue fijado en Salcobrand y

Farmacias Ahumada en \$ 5.900, en tanto en Cruz Verde en \$ 5.898.

p) Gynostat (N° 214). Entre los días 23 y 25 de enero de 2008 el precio se aumentó en Salcobrand y Farmacias Ahumada a \$ 5.800, mientras que en Cruz Verde fue regulado en \$ 5.797.

En razón de lo expresado, no cabe aceptar otorgarle valor probatorio a la declaración de Fernando Solovera (key account manager de Laboratorio Chile), quien ante la Fiscalía Nacional Económica negó la existencia de un acuerdo colusorio, empero dijo: "¿Como se explica que algunos productos suban de un día para otro un 120%? No tengo explicación".

CUADRAGESIMO SEGUNDO: Declaración de Mauricio Bravo.

Cruz Verde alega que Mauricio Bravo, jefe de ventas del Laboratorios Pharmainvesti, declaró en el Tribunal de Defensa de la Libre competencia al ser consultado por un correo intercambiado con Farmacias Ahumada S. A., que se refería a un producto que se encontraba con el precio muy alto respecto de los de su categoría en Farmacias Ahumada S. A. y que ellos se comprometieron a bajarlo si es que el laboratorio les recibía productos vencidos de vuelta. Preguntado si ese acuerdo decía relación con alguna otra cadena, dijo "No, Ninguna" y si en algún momento se le solicitó coordinar el

alza de determinados precios en 2007-2008 declara: "No, no, nunca".

No es aceptable la defensa de Cruz Verde, puesto que obra en contra de su planteamiento el antecedente de coordinación de alza que resulta del movimiento y secuencia de precios del medicamento involucrado, que en el caso del Laboratorio Pharmainvesti corresponde al remedio Reflexan, del que se infiere que su precio en días prácticamente seguidos fue fijado en un monto idéntico. En efecto, entre los días 14 y 19 de marzo de 2008 el precio fue regulado en las tres requeridas en \$ 2.990.

CUADRAGESIMO TERCERO: Declaración de Ricardo Corte. Cruz Verde alega que no se tomó en cuenta la declaración prestada por el ejecutivo del Laboratorio Saval ante la Fiscalía Nacional Económica que favorece su defensa, en la que señaló: "No hubo conversaciones con las cadenas ni acercamiento, ni para bajar ni para subir. Solamente yo le he enviado nuestro seguimiento del pvp en algunas ocasiones".

No cabe acoger la alegación de la reclamante Cruz Verde, toda vez que obra en su contra de su planteamiento el antecedente de coordinación de alzas de precios que resulta del movimiento y secuencia de precios de los medicamentos involucrados que en el caso de Laboratorio Saval asciende a diez productos farmacéuticos, del que aparece que al menos en

ocho de esos casos los precios fueron aumentados en días prácticamente seguidos y quedó determinado en montos iguales o muy similares. Así puede apreciarse en las siguientes situaciones:

a) Aeroitan (N°28). Entre el 17 y 20 de diciembre de 2007 el precio del producto quedó alineado en las tres cadenas en el precio de \$ 3.790.

b) Enalten (N° 12). Entre el 17 y 19 de diciembre de 2007 el medicamento quedó ajustado en las tres requeridas al precio de \$ 6.900.

c) Lifter (N° 81). Entre el 17 y 19 de diciembre de 2007 el producto quedó alineado en las tres cadenas al precio de \$ 13.500.

d) Hidrium (N° 55). Entre el 17 y 19 de diciembre de 2007 el precio del medicamento quedó determinado en las cadenas Salcobrand y Farmacias Ahumada en \$ 3.400 y en Cruz Verde en \$ 3.397.

e) Lomex (N° 35). Entre el 17 y 19 de diciembre de 2007 el remedio fue alineado en Salcobrand y Farmacias Ahumada en \$ 3400, mientras que en Cruz Verde quedó en \$ 13.398.

f) Amoval (N° 94). Entre el 14 y 18 de marzo de 2008 el precio fue subido a \$ 6.900 en las tres cadenas de farmacias.

g) Enalten (N° 117). Entre los días 15 y 16 de marzo de 2008 el precio se fijó en Cruz Verde y Farmacias Ahumada en \$ 6.990, en tanto en Salcobrand se reguló en \$ 6.992.

h) Amoval (N° 180). Entre los días 14 y 18 de marzo de 2008 el precio se alineó en las tres cadenas de farmacias en \$ 6.390.

CUADRAGESIMO CUARTO: Testigos no considerados.

Ponderación. Salcobrand nombra una serie de personas cuyas declaraciones no fueron consideradas por el fallo reclamado - algunas de las cuales ya han sido referidas en esta sentencia- y que negaron la existencia del acuerdo de colusión.

Respecto de dichos testigos y sin perjuicio de lo que se expone en otros considerandos de este fallo, cabe tener en cuenta:

1.- No es posible dar valor a las declaraciones de Alvaro González, Key Account Manager de Laboratorio Novartis, quien ante la Fiscalía nacional Económica no aportó antecedentes respecto del esclarecimiento de los hechos, tanto es así que afirmó: "¿Cómo explica el alza del precio de los medicamentos, producida a contar de fines de 2007? La verdad es que no lo entiendo, desde la perspectiva de Novartis, ya que no hemos tenido alzas de precios, más que un 3% en marzo de 2008, conforme al movimiento de la inflación".

Mientras que Cristián Soza, también Key Account Manager de Laboratorio Novartis, ante la Fiscalía Nacional Económica declaró: ¿Cómo explica el alza del precio de los medicamentos, producida a contar de fines de 2007? No tengo explicación. Es decisión comercial de las cadenas y ellas tendrán sus razones”.

2.- Tampoco es factible acoger la pretensión de otorgarle valor probatorio a las declaraciones de John Kirkwood (ejecutivo del laboratorio Merck), quien ante la Fiscalía Nacional Económica no aportó antecedentes al establecimiento de los hechos. Obra en contra de su testimonio el antecedente de alza coordinada de precios que resulta de las tablas de movimientos y secuencias de precios de los medicamentos pertenecientes al mencionado laboratorio, que dan cuenta que días prácticamente sucesivos éstos se alinearon en las tres cadenas de farmacias a montos igual o similares, según se muestra a continuación:

a) Glafornil (N° 19). Entre los días 22 y 25 de enero de 2008 el precio del producto fue aumentado a \$ 2.988 en Cruz Verde, \$. 2992 en Salcobrand y \$2.990 en Farmacias Ahumada, mientras que el día previo al alza, el precio del medicamento correspondía a \$ 1.755, \$ 1.916 y \$ 1.830, respectivamente.

b) Eutirox (N° 38). El precio del producto entre los días 22 y 25 de enero de 2008 quedó alineado en las tres cadenas de farmacias denunciadas en \$ 5.400.

c) Eutirox (N° 51). Entre los días 22 y 25 de enero de 2008 el precio del producto se fijó en Cruz Verde y Farmacias Ahumada en \$ 3.570 mientras que en Salcobrand fue aumentado a \$ 3.572.

d) Eutirox (N° 57). Entre los días 22 y 25 de enero de 2008 el precio aumentó a \$ 3.247 en Cruz Verde, \$ 3.252 en Salcobrand y \$ 3.250 en Cruz Verde.

e) Eutirox (N° 126). Entre los días 11 y 15 de enero de 2008 el precio subió a \$ 5.190 en Cruz Verde, \$ 5.192 en Salcobrand y \$ 5.340 en Cruz Verde.

3.- Que asimismo no corresponde otorgarle valor probatorio a las declaraciones de Oscar Lobatón (Gerente Comercial de Laboratorios Abbot) y de Juan Carlos Vilches (persona a cargo de ventas), invocadas en su favor por la reclamante, quienes ante la Fiscalía Nacional Económica negaron la existencia de algún acuerdo de precios con las cadenas de farmacias, toda vez que obra en contra del planteamiento de Salcobrand el antecedente de coordinación de alza de precios entre las cadenas de farmacias que surge de las tablas de movimientos y secuencias de precios de los medicamentos involucrados correspondientes al mencionado

proveedor, los que dan cuenta que los precios de dichos productos fueron aumentados en días prácticamente sucesivos y a valores uniformes, según se expone a continuación:

a) Valcote (N° 88). Entre los días 29 y 31 de enero de 2008 el precio del producto se ajustó a \$ 22.987 en Cruz Verde; \$ 22.992 en Salcobrand y \$ 22.990 en Farmacias Ahumada.

b) Valcote (N° 103). Entre los días 29 y 31 de enero de 2008 el precio del producto se alineó a \$ 24.990 en Cruz Verde y Farmacias Ahumada y a \$ 24.992 en Salcobrand.

c) Valcote (N° 108). Entre los días 29 y 31 de enero de 2008 el precio del producto aumentó a \$ 15.990 en Cruz Verde y Farmacias Ahumada y a \$ 15.992 en Salcobrand.

d) Valcote (N° 136). Entre los días 29 y 31 de enero de 2008 el precio del producto se incrementó a \$ 8.988 en Cruz Verde, \$ 8.992 en Salcobrand y a \$ 8.990 en Farmacias Ahumada.

e) Valcote (N° 189). Entre los días 29 y 1° de febrero de 2008 el precio del medicamento fue aumentado a \$ 13.987 en Cruz Verde, \$ 13.992 en Salcobrand y a \$ 13.990 en Farmacias Ahumada.

f) Depakene (N° 129). Entre los días 29 y 31 de enero de 2008 el precio del medicamento fue aumentado a \$ 9.990 en Cruz Verde y Farmacias Ahumada y a \$ 9.992 en Salcobrand.

g) Lexapro (N° 118). Entre los días 18 y 20 de febrero de 2008 el precio del producto se uniformó en las tres cadenas requeridas a \$ 18.900.

4.- Que si procede acoger la pretensión de otorgarle valor probatorio a las declaraciones de Michele Thenot y Cristián Cordero, trabajadores del Laboratorio Glaxo Smith Kline, quienes ante la Fiscalía Nacional Económica negaron la colaboración del laboratorio en la existencia de un acuerdo de colusión, ello porque las tablas de movimientos y secuencias de precios que se refieren a los medicamentos involucrados respecto del referido proveedor no son claras a efectos de construir una inferencia acerca de una eventual coordinación para el alza de los precios.

5.- No es posible otorgar valor probatorio a la declaración de David Rivas (Gerente Comercial del Laboratorio Andrómaco), quien ante la Fiscalía nacional Económica negó la colaboración del laboratorio para coordinar el alza de precios, toda vez que obra en contra del planteamiento de la impugnante Salcobrand el antecedente de coordinación de alza de precios que resulta de las tablas de movimientos y secuencias de precios, que dan cuenta que en el caso del mencionado Laboratorio se aumentaron los precios de 26 medicamentos en días sucesivos y a valores prácticamente seguidos. En el mismo sentido tampoco procede dar valor a las

declaraciones prestadas en la misma sede por Alfredo Roca y Hernán Fritz, ambos ejecutivos de la empresa Laboratorios Pfizer, toda vez que en el caso de esa compañía existen 11 medicamentos cuyos precios fue aumentados de la misma forma indicada.

Sin perjuicio de lo expuesto en su oportunidad, corresponde reiterar que los medios de prueba, entre ellos los testigos, tienen una ponderación individual de parte del tribunal, con el objeto de determinar si en su ofrecimiento, aceptación por parte del tribunal y la forma en que se rindieron, se ha aceptado la legislación vigente, para luego examinar los antecedentes de hecho que cada prueba aporta, en lo que es ponderada individualmente. A continuación se realiza una evaluación de la prueba que consiste en un mismo medio, para, en una labor final, llegar a una apreciación general, estableciendo los hechos que se deducen y que se tienen por acreditados, destacando especialmente, en los razonamientos, los medios probatorios y su parte específica para dejar plasmado con mayor evidencia el respaldo de su conclusión. En efecto, el juez, cumpliendo con su deber de fundar su determinación tiende a destacar aquello que tiene mayor relevancia o lo que deja con un mayor grado de evidencia sus conclusiones, sin que ello implique que ha dejado de ponderar toda la prueba, es por ello que en algunos

procedimientos el estándar adoptado por la jurisprudencia está marcado por el requerimiento de expresar la prueba que le sirve para fundar los hechos que se tienen por establecidos, pero también se pide que se enuncie la prueba de la cual no extrae antecedente alguno, agregando la jurisprudencia que se indiquen, en uno y otro caso, las razones por las cuales le convencen los elementos de juicio para fijar un antecedente fáctico o, en su caso, los motivos que le persuaden para descartarlo. Esta exigencia puede requerirse de manera perentoria a los jueces letrados y con mayor razón en un sistema de libre convicción, sin embargo, en la competencia económica, donde pueden existir jueces no letrados, resulta desproporcionado pedir se desarrolle esta labor, la que se estima apropiado se extienda a reflejar en la sentencia los antecedentes que le han persuadido para sostener sus conclusiones, que es, precisamente lo que acontece en autos. De esta forma las partes han de entender descartada la prueba en que no se basan sus análisis para establecer y fijar los hechos, debiendo central su cuestionamiento tanto respecto de la prueba en que se hace descansar la determinación por parte del Tribunal, para desvirtuar tal razonamiento, como en aquella no referida y de la cual sí es posible extraer consecuencias que sostengan sus alegaciones. Requerir un análisis de toda la prueba, incluso

aquella que nada aporta, puede resultar deseable, pero injustificado. En efecto, del análisis realizado por esta Corte en torno a alguna prueba que las requeridas estiman que no fue ponderada, surge que simplemente se refiere a declaraciones de testigos que expresaron su voluntad de guardar silencio, en torno a la cual evidentemente el Tribunal no tenía nada que decir o de expresar alguna consideración que se reflejaría en dejar constancia de este hecho, según lo ha efectuado esta Corte, con lo cual nada se aporta al análisis. Es por ello que al impugnar una omisión por el Tribunal recurrido es deseable que las partes expresen directamente el antecedente que se desprende del elemento probatorio y que ha dejado de considerar el tribunal en su ponderación.

CUADRAGESIMO QUINTO: Defensa de Cruz Verde en lo concerniente a los correos electrónicos. Cruz Verde alega que sólo existe un correo electrónico que involucra a esa empresa, que corresponde al remitido por un ejecutivo de un laboratorio a un "Category Manager" de Cruz Verde relativo al medicamento Valpax, que no fue objeto del requerimiento y que no tuvo alzas significativas de precio. Puntualiza que el considerando 116 contiene un error ya que dice que no hay evidencia sobre el movimiento de precios del medicamento,

pese a que en el cuaderno del Ministerio Público consta tal circunstancia (fs 2.587).

Por otra parte, el basamento 130 califica a correos electrónicos como indiciarios de colusión, pero ninguno referido a Cruz Verde, equivocándose el tribunal al nombrar uno enviado por Laboratorios Maver a Cruz Verde (fs. 25 del cuaderno de comunicaciones electrónicas) en circunstancias que fue remitido a Farmacias Ahumada.

El correo electrónico al que alude la reclamante es el enviado el 15 de enero de 2008 por Marcelo Flores, Gerente de Ventas de Recalcine, a Cristián Catalán, Category Manager de Cruz Verde, cuyo "asunto" es "Valpax tradicional", en que le señala: "Cristián: conforme a tu solicitud, conversé con FASA y están dispuestos a ajustar pvp de acuerdo a nuestro sugerido, esperan que confirmes fecha y que lo realices tu (sic) primero una vez (que) chequean la situación ellos ajustan en el mismo día".

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (considerando 117) consideró que el correo referido constituye un indicio que contribuye a acreditar el acuerdo de colusión.

Cabe tener presente los siguientes antecedentes:

1.- Marcelo Flores Clavijo ocupaba el cargo de Gerente de Ventas de laboratorio Recalcine.

2.- El medicamento Valpax no es materia del requerimiento.

3.- Marcelo Flores ante la Fiscalía Nacional Económica declaró: "en el caso de los antibióticos, han subido las tres cadenas iguales", y que no recuerda que en años anteriores "hayan habido alzas tan pronunciadas"...las farmacias "monitorean entre ellas" las alzas de precios. Sostuvo que las cadenas le habían pedido coordinar el día de las alzas con las otras cadenas, para así evitar que "una u otra quede menos competitiva"... "de alguna forma responsabilizan en mí el éxito de la coordinación, aunque yo no tenga poder de hacerla cumplir al resto de las cadenas".

4.- Ante el Ministerio Público, explicando el contenido del correo electrónico, señaló: "existía algún problema con el medicamento Valpax, el cual debió haber estado en Cruz Verde fuera de banda de precios sugeridos, que es la que me permite realizar mi estrategia de promoción médica" (...) "Respecto a ello Cristián Catalán me debió haber dicho que si él bajaba el precio tenían que hacerlo todos, es decir, las demás cadenas" (...) "A propósito de esto, con la finalidad de obtener lo que buscaba, en este caso debí haberme puesto en contacto con FASA, no recuerdo con quien particular, pero tenía que ser con el category a cargo de la categoría sistema nervioso central" (...) "En FASA debieron haberme dicho que

para realizar aquello debían hacerlo las demás cadenas". "De acuerdo al correo Cruz Verde me pidió que competencia bajara primero el precio y que una vez que ello (sic) lo hicieran ellos también lo harían". "Estoy seguro que esto era para pedir que se bajara el precio". "Yo puedo asegurar que este producto no estaba en ese momento bajo el costo (...)". "Esta no fue la única vez que se realizó una operación de este tipo, no es frecuente, pero tampoco es anormal".

5.- Ante el Tribunal, reconoció su firma en el acta de su declaración ante la Fiscalía Nacional Económica, además señaló: "12.- Para que aclare el testigo en relación a su respuesta anterior señalando si mediante correo electrónico comunicó en enero de 2008 a don Cristián Catalán la decisión de Recalcine y FASA para ajustar el precio de venta público al precio sugerido del laboratorio en relación al medicamento Valpax tradicional". R: Dada la gran cantidad de comunicaciones por distintos motivos sostenida por los ejecutivos comerciales de las 3 cadenas de farmacias y en lo largo de período de tiempo transcurrido desde esa fecha hasta el día de hoy, no puedo precisar lo que me están preguntando y en el caso de existir comunicación de algún tipo siguen en el mismo tono que lo aclare en las respuestas anteriores, solo a modo de sugerir precio público de medicamentos".

De los elementos referidos, surge que no es posible dar lugar al planteamiento de la reclamante, teniendo en especial consideración la literalidad del correo electrónico señalado, el que da cuenta de un contacto de Farmacias Cruz Verde para manejar el precio del medicamento Valpax. Aun cuando no se trate de un medicamento que sea objeto del requerimiento, ciertamente se acredita la coordinación entre la compañía denunciada y un laboratorio para adecuar el precio de un medicamento, denotando el propósito de intercambio de información para coordinar el ajuste del precio entre los competidores.

Quedan así desvirtuadas las afirmaciones de Ricardo Valdivia Kloques, Gerente de productos Farma de Cruz Verde y de Marcelo Aguilera Vargas, encargado de precios de la misma compañía, quienes ante la Fiscalía Nacional Económica negaron haberse contactado con los laboratorios para coordinar la fijación de un precio respecto de los medicamentos.

Asimismo, la declaración de Fernando Suárez, quien declaró haber ejercido el cargo de director externo de Cruz Verde, no aporta mayores antecedentes, puesto que es categórico al exponer: "...desconozco los...., por ejemplo, la situación específica contractual entre ellos, las negociaciones que se llevaban, ese tipo de negociaciones no se llevaban a los directorio, usualmente nosotros hablábamos

solamente de la política de precios"...pero desconozco, para serle franco, desconozco la conversación específica que se llevaba con cada proveedor, eso, son tantos proveedores, son muchísimos laboratorios, había gente especializada en esos, esos temas usualmente no llegaban al Directorio".

En efecto, es el mismo emisor del correo quien no desconoce que se realizara esta coordinación en otras oportunidades, solamente relativiza su reconocimiento expresando ante la autoridad investigadora: "Esta no fue la única vez que se realizó una operación de este tipo, no es frecuente, pero tampoco es anormal". De lo anterior, sí surge un elemento de convicción importante del correo electrónico que se pretende desvirtuar por no referirse a un medicamento que integre la lista de aquellos por los cuales se formuló el requerimiento.

CUADRAGESIMO SEXTO: Correo electrónico no considerado.

Cruz Verde sostiene que los sentenciadores no consideraron el correo electrónico de 13 de marzo de 2008 mediante el cual la ejecutiva de esa empresa, Solange Suárez, responde una solicitud de un laboratorio con el fin de coordinar el alza de los precios del medicamento Nicorette, señalando: "Nosotros somos seguidores de precios. Según los precios de nuestra competencia se aplica política de PVP, por lo que no puedo comprometerme a eso".

La afirmación no puede ser aceptada, porque se encuentra establecido de un modo concluyente que a partir de marzo de 2008 las cadenas de farmacias acusadas y los laboratorios tuvieron conocimiento de que la Fiscalía Nacional Económica había iniciado una indagación acerca de una presunta colusión que afectaba a los precios de los medicamentos, específicamente en la categoría de anticonceptivos. Desde luego la sinceridad de lo expresado en dicho correo electrónico no es fiable atendido el contexto temporal descrito. Es más, el correo da cuenta de una posición de seguimiento de precios, esto es que no inicia el alza, pero no descarta completa y categóricamente un acuerdo para ello, rechazando con total y absoluta claridad cualquier acción en este sentido.

CUADRAGESIMO SEPTIMO: Correo electrónico enviado por Salcobrand. Salcobrand alega respecto de un correo electrónico enviado el día 19 de diciembre de 2007 por Ramón Ávila, Gerente Comercial de Salcobrand, a Matías Verdugo, Jefe de Control de Gestión, de Salcobrand, que: (i) No se ocultó el correo; (ii) El fallo desconoció los usos y prácticas del comercio y la estructura y características del mercado, siendo la comunicación una iniciativa llevada a cabo para mejorar los márgenes de sus productos; y (iii) Las expresiones del correo se refieren a la necesidad de

coordinarse para el alza del precio de un medicamento por cuanto afecta al laboratorio la competitividad del producto en el mercado y el volumen de venta a través de la farmacia, es coordinación entre farmacia y laboratorio. Se alude a los esfuerzos por subir el precio de los medicamentos con bajo margen frente a la resistencia de los laboratorios y sus reclamos porque no se seguían sus sugerencias, de ahí la necesidad de insistir en coordinar con ellos el alza de los precios y decirles que serían los primeros en subir y cuándo lo harían. La necesidad de ser detectados era parte de la estrategia "tit for tat" desplegada por la empresa.

El correo electrónico citado expresó en su punto 3: "Insistir con los laboratorios la necesidad de una coordinación para el alza de sus precios. Para ello ofrecimos ser la cadena que primero subiera los precios (los días lunes o martes) de este modo, las otras cadenas tendrían 3 o 4 días para "detectar" estas alzas y luego asumirlas. Hasta el momento se ha logrado que con 4 laboratorios hayamos subido el precio de 5 de sus principales productos. Dados estos buenos resultados esperamos repetir el "procedimiento" con más productos y más laboratorios, en el transcurso de las próximas semanas".

Debe rechazarse la defensa de Salcobrand en virtud de los siguientes motivos:

1.- El correo electrónico tiene como emisor y receptor a trabajadores de la empresa con facultades para la fijación de precios. Se trata del Gerente Coercial y del Jefe de Control de Gestión. Además fue enviado con copia al Gerente General y al Vicepresidente Ejecutivo.

2.- La literalidad del correo no tiene ambigüedad. Las explicaciones que la reclamante entrega no constan en parte alguna de la comunicación y por otra parte nada impedía a la empresa expresarse en los términos indicados en su reclamación, teniendo en consideración que la comunicación fue enviada por una persona con alta experiencia y conocimientos en fijación de precios.

3.- Los movimientos de precios de los medicamentos involucrados concuerdan con lo indicado en el correo electrónico.

4.- La conducta indicada en la comunicación, con la interpretación que pretende la requerida igualmente es reprochable y contraría la libre competencia, pues busca obtener una conducta de colaboración al obtener beneficios recíprocos con la competencia, en este caso subir los precios de venta al público de los medicamentos, en que ellos son los que inician tal alza, en la que debían seguirlos las otras cadenas. Con lo anterior se deja en claro que su acción no está determinada por una política propia de precios, sino que

busca generar un efecto en los competidores y en perjuicio de los consumidores. Si la conducta es acorde a lo deseado se mantiene la cooperación con el competidor, de lo contrario se le perjudica. Teniendo presente que se venía de una "guerra de precios", lógico es pensar que se buscaba obtener un alza de los mismos hasta que la competencia siga esta tendencia. Ese es el juego, mantener la cooperación hasta que los otros se comporten de la misma manera. "Tit for tat" (TFT) corresponde a una estrategia de castigo ante el concierto de voluntades en vista de una colusión entre operadores en un mercado, es el "ojo por ojo". Esto refuerza la conclusión extraída al observar la intensificación de encuestas por las cadenas de farmacias, que constituye el seguimiento o control al "juego".

5.- La estrategia de los juegos en la libre competencia generalmente se presenta como una reacción al comportamiento de las demás empresas competidoras. De allí que puede existir un juego cooperativo, conforme al cual las empresas se unen en su estrategia, teniendo en cuenta un bienestar común. Sin embargo, tal estrategia puede estar condicionada por un juego no cooperativo, con lo cual se respeta la libre competencia en un mercado oligopólico, constituido fundamentalmente por tres actores. Si la guerra de precios originó pérdidas que no era posible mantener, se debía cambiar la estrategia del

juego, puesto que ésta se diseña para obtener éxito, que en el mercado es obtener ganancias. Sin embargo, la doctrina económica señala que en la estrategia de los juegos no cooperativos, las acciones se emprenden independientemente de las que adopten los competidores. La estrategia predominante mediante la fijación de precios al alza no puede sostenerse sin un acuerdo tácito de los seguidores de precios, acuerdo tácito al que se integra el fijador de los mismos, puesto que la forma en que todos ganen, de lo contrario se produce la competencia o uno de los que forma el oligopolio se allana a ganar menos que los demás. "La estrategia de juegos puede aplicarse a dos (o tres) empresas - oligopolistas - que tienen que decidir su estrategia para fijar precios. Cada una puede escoger un precio alto o bajo. ... Si cada una selecciona precios altos, cada una puede obtener US\$ 6 millones, pero si cada una fija precios bajos, cada una obtendrá sólo US\$ 4 millones. Si una establece un precio alto y la otra uno bajo, la compañía de precio bajo obtendrá US\$ 8 millones, y la empresa de precio alto obtendrá sólo US\$ 2 millones. Como se presenta el dilema del prisionero, en ausencia de colusión, terminarán por escoger precios bajos" (Roger LeRoy Miller, Economía Hoy, página 624), fundamento que contradice la teoría de los juegos en la forma que se explicara en la declaración, puesto que no puede ser

desconocida para los ejecutivos de las farmacias la teoría expuesta.

En conclusión, el correo electrónico constituye un antecedente determinante para esta Corte acerca de la conformidad de Salcobrand y su intención de conducirse en el mercado de una manera determinada, esto es, de coordinarse con las demás cadenas de farmacias a través de los laboratorios para alzar los precios de ciertos medicamentos, correo que se ratifica con lo declarado por quien lo suscribe y cuyas justificaciones son desestimadas por este Tribunal.

CUADRAGESIMO OCTAVO: Correos electrónicos de Salcobrand de 12 y 13 de diciembre de 2007. Salcobrand alega que el fallo no consideró que el primer correo correspondió a una acción de monitoreo interna tendiente a verificar si la competencia había seguido su iniciativa de alza unilateral del precio, mientras que la segunda comunicación confirmó que la estrategia fue exitosa.

El punto de la reclamación dice relación con un correo de 12 de diciembre de 2007, enviado por Mehilín Velásquez a Jessica Mella referido a los medicamentos Microgynon (N° 128) y Yasmin (N° 77) del Laboratorio Bayer para que coticie el precio en la competencia. Existe además un segundo correo emitido el día siguiente por Velásquez a Ávila en el que confirma "estamos ok con estos precios en la competencia."

Se encuentra establecido que el anticonceptivo Yasmin (N° 77) el día 10 de diciembre de 2007 registraba los siguientes precios: En Cruz Verde: \$ 5748, en Salcobrand 8.488 y en Farmacias Ahumada: \$ 5990; luego el día 11 de diciembre Salcobrand sube el precio a \$ 8.680; el 12 de diciembre Cruz Verde aumenta el precio a \$ 8.681 y el 13 de diciembre Farmacias Ahumada alza el precio a \$ 8.680, quedando de esta manera alineados los precios. En cuanto al anticonceptivo Microgynon (N° 128) el día 10 de diciembre de 2007 el producto presentaba los siguientes precios: en Cruz Verde: \$ 1496, en Salcobrand: \$ 1488 y en Farmacias Ahumada \$ 1560; al día siguiente Salcobrand sube el precio a \$ 2249, el 12 de diciembre Farmacias Ahumada lo sube a \$ 2240 y el 13 de diciembre Cruz Verde aumenta el precio a \$ 2238, quedando ajustado los precios.

Lo expresado constituye una señal de acuerdo de coordinación del alza de precios que resulta del movimiento y secuencia de los precios de los aludidos medicamentos, en términos casi similares. Asimismo obra en contra de la alegación del reclamante el reconocimiento expreso efectuado por tres trabajadoras de Farmacias Ahumada -Mazzachiodi, Carrasco y Araya ante el Ministerio Público- en cuanto a que la coordinación de alza de precios se inició precisamente con el Laboratorio Bayer en el rubro de anticonceptivos.

CUADRAGESIMO NOVENO: Correos electrónicos de Farmacias

Ahumada. Salcobrand alega respecto de los medicamentos Degraler (N° 56); Talflex (N° 113); Nastizol Gotas; Remitex (N° 142); y Tusigen de Laboratorios Bagó, que el fallo pretende vincular sin fundamento 3 correos internos entre ejecutivos de Farmacias Ahumada (10, 12 y 12 de diciembre de 2007) que dicen relación con las instrucciones de cotizar 3 de esos medicamentos. Asevera que el tribunal omitió señalar que en diciembre de 2007 dicho Laboratorio envió una nueva lista de precios que incidió en las condiciones de comercialización y en la secuela de monitoreo. En el caso del medicamento Degraler, el fallo no indicó que el día 13 de diciembre de 2007 Salcobrand alzó el precio, sin que las otras cadenas la siguieran. Para el medicamento Talflex el fallo no analizó una baja de precios a \$ 6.175 experimentada en Salcobrand el 12 de diciembre de 2007. Respecto al medicamento Neuryl, Farmacias Ahumada y Cruz Verde aumentaron el precio los días 12 y 11 de diciembre de 2007, respectivamente, pero Salcobrand lo baja. Luego de que Salcobrand alzó su precio el 12 de diciembre de 2007, el fallo no señala que hubo una nueva baja de precios experimentada en Salcobrand al día siguiente.

El planteamiento de Salcobrand no es aceptable, toda vez que, como ya se estableció, se configuró una prueba de

coordinación de alzas de precios que resulta del movimiento y secuencia de precios de los medicamentos involucrados, que en el caso de Laboratorio Bagó ascendió a cinco productos farmacéuticos, del que aparece que al menos en cuatro de esos casos los precios fueron aumentados en días prácticamente seguidos y alineados en montos iguales.

QUINCAGESIMO: Correos electrónicos de Salcobrand en relación a medicamentos del Laboratorio Saval. Salcobrand alega respecto de los correos remitidos los días 18, 20 y 21 diciembre de 2007 entre Mehilín Velásquez y Ramón Ávila, que el sentido de las comunicaciones es el de evitar que se desencadenen sucesivas bajas de precios. No se consideró que en noviembre de 2007 Saval envió una nueva lista de precios. Además, respecto del medicamento Aero Itan, Salcobrand sólo subió su precio el día 20 de diciembre de 2007, 3 días después que Farmacias Ahumada y al día siguiente corrigió su precio para mantener la política de precios por sobre Cruz Verde. En cuanto al medicamento Hidrium, Salcobrand bajó el precio el día 17 de diciembre de 2007 de \$3.504 a \$3.400.

No se acogerá la defensa esgrimida por Salcobrand, por cuanto según ya se estableció existe una señal potente de coordinación de alzas de precios entre las cadenas de farmacias respecto de los productos del Laboratorio Saval, que hace inverosímil la tesis argüida por la reclamante.

QUINCAGESIMO PRIMERO: Baja de precio de algunos medicamentos. Salcobrand formula respecto de los medicamentos Cronus (N° 179), Dinaflex Duo (N° 195), Dinaflex Duo (N° 71) y Dinaflex Duo Forte (N° 54) de Laboratorios Tecnofarma, que las alzas concluyeron con precios diversos; que se aprecian bajas de precio en Farmacias Ahumada y Cruz Verde al día siguiente del alza; que Salcobrand no modificó sus precios y que el fallo omitió cambios de precios producidos en los días siguientes, incluso al día siguiente de cierre de las tablas.

La defensa no es atendible, toda vez que obran en contra de ella elementos de juicio que permiten establecer la coordinación de alzas de precios que resulta del movimiento y secuencia de precios de los medicamentos involucrados que en el caso de Laboratorio Tecnofarma asciende a cuatro productos farmacéuticos, del que aparece que los precios fueron aumentados en días prácticamente seguidos y alineados a montos iguales o muy similares, según se ilustra a continuación:

a) Dinaflex Duo Forte (N° 54). Entre los días 12 y 13 de diciembre de 2007 los precios se fijaron en Cruz Verde a \$ 18.611, en Salcobrand a \$ 18.992 y en Farmacias Ahumada \$ a 18990, teniendo en cuenta que el precio el día 11 del mismo mes correspondía a \$ 14.340, 15.600 y 14.980, respectivamente.

b) Dinaflex Duo (N° 71). Entre los días 12 y 13 de diciembre de 2007, el precio del medicamento fue elevado de la siguiente manera: Cruz Verde a \$ 11752, Salcobrand a \$ 11992 y Farmacias Ahumada a \$ 11990, teniendo presente que el precio del producto el día 11 de diciembre era de \$ 8.988, \$ 9.660 y \$ 9.270, respectivamente.

c) Cronus (N° 179). Entre los días 12 y 13 de diciembre de 2007 los precios se fijaron en Cruz Verde \$ 8.810; Salcobrand \$ 8.540 y Farmacias Ahumada \$ 8.990. (11 de diciembre 7075, 6878 y 7370).

d) Dinaflex Duo (N° 195). Entre los días 12 y 13 de diciembre los precios del remedio se presentaron así: en Cruz Verde \$ 10.672, en Salcobrand \$10.888 y en Farmacias Ahumada \$10.890, mientras que el día previo a las alzas, el 11 de diciembre de 2007, tenía el precio de \$ 8.748, \$ 9.048 y \$ 9.050, respectivamente.

e) Dinaflex (N° 205) entre 18 y 20 de marzo Cruz Verde \$ 4.488, Salcobrand \$ 4.492 y Farmacias Ahumada \$ 4.490. (día 17 de marzo 3663, 3660 y 3520)

De lo descrito, se concluye que las alzas se caracterizaban por ser simultáneas, expresivas y uniformes. Resulta entonces que es irrelevante que en los días posteriores hubieren variado los precios, amén de que las modificaciones no fueron significativas. Así, tampoco es

posible aceptar el planteamiento de la reclamante Salcobrand, en orden a otorgarle valor probatorio a los dichos de Carlos Neir, ejecutivo del Laboratorio Tecnofarma, quien ante la Fiscalía Nacional Económica, no aportó antecedentes al esclarecimiento de los hechos.

QUINCAGESIMO SEGUNDO: Comunicación electrónica de 11 de enero de 2008. Salcobrand se defiende esgrimiendo que se trata de un correo enviado por Ramón Ávila a Mehilín Velásquez, seguido de otro de 14 del mismo mes en que Velásquez reporta "ok" a Ávila. Señala que con su mérito no es creíble un acuerdo de precios que considere que Salcobrand sea el que lidere las alzas; que las 3 cadenas fijen sus precios de venta a un nivel diverso; y en todos los casos, sea Cruz Verde la última en subir sus precios, incluso a un nivel más bajo que las otras dos cadenas. Respecto al medicamento Clarinase resalta que la supuesta coordinación se concretó luego de 25 días y a partir de una baja de precios de Salcobrand, siendo esa comunicación por la cual se ordena al área de precios subir los precios finales de medicamentos que presentaban margen negativo. En cuanto a la comunicación electrónica de 17 de enero de 2008, emitida por Ramón Ávila a Mehilín Velásquez, refiere que el fallo nada dice del medicamento Compremin. En lo concerniente al medicamento Exefor, la consolidación del alza en las 3 cadenas exigió

bajas de precios en Salcobrand y Cruz Verde en los días previos. Luego, se materializó bajo un patrón diverso al general consistente en que Salcobrand y Farmacias Ahumada S. A. subieron juntas el mismo día. En relación al medicamento Eranz de los 5 días que analiza, existen 3 en que no se dispone información de Salcobrand, sin perjuicio de que en ambos casos fue ésta quien lideró las alzas, mientras que Cruz Verde fue la última que lo hizo y a un menor precio. La comunicación ordena al área de precios de Salcobrand subir los precios finales de medicamentos que presentaban margen negativo.

El correo de 11 de enero de 2008 corresponde a uno enviado por Ramón Avila a Mehilín Velásquez en el que señala: "por favor asumir los siguientes precios finales a partir del martes 15 de enero de 2008". Se refiere a los medicamentos: Nasonex (N° 53), Uniclar (N° 63), Aerius (N° 74), Neoclaritine (N° 83) y Clarinase (N° 218).

No cabe acoger la alegación de la reclamante Salcobrand, toda vez que obra en contra de su planteamiento el conjunto de antecedentes que permiten sostener la coordinación de alzas de precios que resulta del movimiento y secuencia de precios de los cinco medicamentos involucrados en el correo, del que consta que los precios de cuatro de esos productos fueron aumentados en días prácticamente seguidos y ajustados

a montos iguales o muy similares, según se muestra a continuación:

a) Nasonex (N° 53). Entre los días 15 y 17 de enero de 2008 los precios quedaron regulados en Cruz Verde a \$ 14.988, en Salcobrand a \$ 14.992 y en Farmacias Ahumada a \$ 14.990, en tanto, el día anterior a las alzas -el 14 de enero de 2008- el remedio presentaba los siguientes precios \$8.272, \$ 8.452 y \$ 8.620, respectivamente.

b) Uniclar (N° 63). Entre los días 15 y 17 de enero de 2008 el precio del medicamento quedó alineado en \$ 14.990 en Cruz Verde y Farmacuias Ahumada, mientras que en Salcobrand se estableció en \$ 14.992. A su turno, el día 14 de enero del mismo año, el precio era de \$ 8.235, \$ 10.252 y \$ 8.580, respectivamente.

c) Aerius (N° 74). Entre los días 15 y 17 de enero de 2008 el precio del producto fue aumentado en los siguientes términos: \$ 8.988 en Cruz Verde, \$ 8.992 en Sacobrand y \$ 8.990 en Farmacias Ahumada. A su vez, el día 14 de enero de igual año el remedio registraba los siguientes precios \$ 5.280, \$ 6.364 y \$ 5.500, respectivamente.

d) Neoclaritine (N° 83). Entre los días 15 y 17 de enero de 2008 el remedio fue ajustado al siguiente precio: \$ 8.988 en Cruz Verde, en Salcobrand \$ 8.992 y en Farmacias Ahumada \$ 8.990, mientras que el día 14 de enero de dicho año

presentaba los siguientes precios \$ 5.508, \$ 6.364 y 5.740, respectivamente.

Nuevamente se aprecia que las alzas de precios tenían las características de ser expresivas, uniformes y simultáneas. Es evidente que no es atendible que se señale que los precios no quedaban en los mismos niveles, cuando lo cierto es que las diferencias de precios entre una y otra cadena no sobrepasaba la suma de \$ 4.

QUINCAGESIMO TERCERO: Comunicación electrónica de 23 de enero de 2008. Salcobrand refiere, respecto al correo emitido por Mehilín Velásquez a Ramón Ávila, respondido por Matías Verdugo, Gerente de Control de Gestión de Salcobrand y cuya secuencia termina con la contestación de Velásquez a Verdugo, que el análisis se centró sólo en el primer correo y en algunos movimientos de precios. Afirma que el sentido del correo es dar a conocer los reclamos por el alto precio de algunos anticonceptivos y se desencadenan otros correos para comparar el costo de aplicar la política ordinaria de precios de Salcobrand (bajar los precios en que se encontraba más cara) versus la posibilidad de modificarla de modo de igualar a Farmacias Ahumada. Puntualiza que la planilla adjunta al correo identificaba productos respecto de los que se proponía bajar el precio porque se encontraba más cara que la competencia, como también alzar el precio cuando se

encontraba más barata. Se habría constatado que en 61 casos subió de precios a 16 de los 17 medicamentos con la observación "espera alineación", más otros 45 casos, respecto de los cuales el fallo no se pronuncia. En 4 casos bajó de precios (Femitres, Mirelle, Novaferm y Anulette); en 31 mantuvo precios. Para Microgynon se observa una baja de precios efectuada el 9 de enero de 2008 no seguida y a pesar de ello, se mantuvo inalterable hasta el término de la secuencia (28 de enero). En el caso del medicamento Femelle 20 se observa un alza de precios efectuada el 2 de enero de 2008 no seguida por la competencia y a aun así se mantuvo inalterable hasta el día 23. En el caso de los medicamentos analizados en las tablas 26 a 39 los movimientos se reducen a 9 días y mantienen el patrón común de alzas que hace inverosímil un acuerdo de colusión.

El primer correo al que alude Salcobrand es el enviado por Mehilín Velásquez a Ramón Ávila, con copia a Matías Verdugo y Andrés Ferrer (todos de SB) con fecha 23 de enero de 2008, en que le dice: "marqué aquellos productos que se subieron hoy y estamos a la espera de alineación, y los en rosado son los de alzas anteriores que no se han respetado". Se adjuntó una planilla.

Según aparece del correo éste se refiere a dos tipos de productos. Aquellos a los que Salcobrand ya había aumentado

el precio y las demás cadenas no habían igualado los precios. Y otros medicamentos que habían subido de precio el mismo día de la emisión del correo.

Respecto de los primeros, se encuentra el producto Microgynon (N° 128). En relación a este medicamento consta que el día 9 de enero de 2008 Salcobrand subió el precio a \$ 2.332 y no fue seguido. Sin embargo, se aprecia de la tabla de movimientos de precios, que dicho medicamento ya se encontraba alineado en precio desde diciembre de 2007. Esto es, se intentaba alzar el precio por segunda vez y en menor porcentaje que el primer incremento. También figura el producto Femelle 20 (N° 99) el que se alineó en precio a \$ 10.500 el día 25 de enero de 2008 en las tres cadenas.

En la segunda categoría de medicamentos, consta de las tablas que los precios de todos estos medicamentos fueron finalmente alzados, quedando alineados en precio entre los días 23 y 25 de enero de 2008.

De lo expresado, resulta que carecen de sustento las afirmaciones de la reclamante.

QUINCAGESIMO CUARTO: Comunicación electrónica de 31 de enero de 2008 emitida por Mehilín Velásquez a Ramón Ávila.

Salcobrand explica que el mencionado correo corresponde a una comunicación por la cual se informó al Gerente Comercial el resultado de un proceso autónomo de alzas, acompañado de una

planilla comparativa de precios de 17 medicamentos en la competencia, lo cual emanaba del proceso de cotización que se activaba cada vez que Salcobrand subía los precios.

El correo al que se refiere la reclamación corresponde a uno cuyo asunto es "Alzas anticonceptivos 23/1/08" enviado por Mehilín Velásquez a Ramón Ávila el 31 de enero de 2008 en que le señala "estamos OK con esta alza", y adjunta planilla. Se refiere a los medicamentos: Belara (N° 50), Ciclomex (N° 16), Conti-Marvelon (N° 138), Dal (N° 36), Femelle 20 (N° 99), Femelle (N° 100), Feminol (N° 4), Gynera (N° 123), Gynera (N° 158), Gynostat (N° 214), Marvelon-20 (N° 1), Marvelon (N° 18), Yasmin (N° 77), Ciclomex (N° 25), y Ciclomex 20 (N° 22).

No se acogerá el predicamento de Salcobrand, por cuanto obra en su contra la literalidad del correo electrónico, en el que no aparece ninguna expresión en que se sustente la explicación de dicha empresa; además obran las tablas de movimientos de precios en las que consta inequívocamente que los precios de los señalados medicamentos se alinearon en las tres cadenas de farmacias entre los días 23 y 25 de enero de 2008.

QUINCAGESIMO QUINTO: Comunicaciones electrónicas referidas al Laboratorio Medipharm. Salcobrand alega que los correos que se emitieron por Mario Zemelman, Gerente General

de Laboratorios Medipharm a Ramón Ávila, tienen el siguiente sentido: se refieren a nuevos precios sugeridos de venta público de los medicamentos Aerogastrol, Findaler, Losopil y Anisimol para el inicio de una campaña promocional. Habría un esfuerzo del laboratorio de coordinar la labor de los visitantes médicos cuando se inicie la promoción. Apunta que se presenta un amplio período de tiempo entre la sugerencia de alza (17 de diciembre de 2007) y el seguimiento parcial de ésta por Salcobrand (7 y 8 de enero de 2008). Para Findaler, Farmacias Ahumada bajó el precio el 11 de enero de 2008 a los 2 días de que las cadenas subieron el valor de los productos, mientras que Cruz Verde lo hizo el 15 de enero, en tanto, Salcobrand los mantuvo y cuando los bajó, el 24 de enero de 2008, lo hizo a un monto inferior. En el caso del medicamento Losopil la supuesta coordinación habría derivado de un alza el 7 de enero de 2008 a un nivel de precio que no siguió la competencia e inferior al sugerido por el laboratorio, mientras que Salcobrand no bajó el precio al nivel de su competencia.

Los correos a los que alude la reclamación son los siguientes:

1.- Correo enviado por Mario Zemelman a Ramón Ávila, de 17 de diciembre de 2007, cuyo "asunto" es "nuevos pvp", en el que señala: "de acuerdo a lo conversado te envío los

productos cuyos pvp "finales" suben". "necesito saber cuál será el DÍA 1 para informarle a los demás, avísame al celular".

2.- El 20 de diciembre de 2007 Ramón Avila reenvía el correo a Mehilín Velásquez. Al reenviarlo, le indica que Zemelman le informará si subirán o no los precios y que él le avisará.

3.- Correo de 2 de enero de 2008 de Velásquez a Ávila, preguntándole cuándo le enviará la información.

4.- Correo de la misma fecha de Avila a Velásquez, señalando que había hablado con Zemelman y que éste le había dicho que debían seguir esperando, porque "todavía no se corta el queque".

No convence a este tribunal la explicación de Salcobrand acerca de la expresión "Día 1", de acuerdo a la propia literalidad de los correos y porque no hay referencia en la comunicación a algún tipo de campaña promocional, ni a los "visitadores médicos". Por otra parte, la declaración de Zemelman ante el Ministerio Público no se apoya en ningún antecedente, máxime cuando Velásquez, Jefa de Precios de Salcobrand, ante el Tribunal aseveró que no sabe a qué se referían las expresiones "DÍA 1" y explicarle "a los demás". A mayor abundamiento, se encuentra establecido que los movimientos de precios de los medicamentos materia de los

correos electrónicos se produjeron entre los días 7 y 8 de enero de 2008, respecto de lo cual cabe tener presente:

1.- No se objetó el movimiento de precios del producto Aerogastrol (N° 66);

2.- Lo relevante respecto del medicamento Findaler (N° 119) apunta a que los días 8, 9 y 10 de enero de 2008 en las tres cadenas de farmacias requeridas se alineó a un precio casi idéntico. En cuanto al medicamento Losopil (N° 130), la alineación es clara entre Cruz Verde y Farmacias Ahumada.

QUINCAGESIMO SEXTO: Comunicaciones electrónicas adicionales. Salcobrand alega que el fallo efectuó citas parciales de algunos correos. Así en cuanto a la comunicación de 14 de marzo de 2008, emitida por Mauricio Muñoz, ejecutivo del Laboratorio SBM Farma y dirigida a Paula Mazzachiodi, aduce que lo que se estaría coordinando es la entrada en vigencia de una nueva lista de precios para el 2008.

El correo al que alude la reclamación en la parte que interesa señala: "solo para recordar el ajuste de los Precios de Venta Público: Jueves 06 2008. Favor considerar esta fecha ya que se coordinó con las otras cadenas".

Procede desestimar la alegación de Salcobrand, atendida la literalidad del correo electrónico, en el que no se alude a la explicación a que se refiere la reclamante y teniendo

además presente que Mauricio Muñoz ante el Ministerio Público hizo uso de su derecho a guardar silencio.

QUINCUGÉSIMO SEPTIMO: Comunicación electrónica de 14 de marzo de 2008. Salcobrand sostiene que el fallo recurrido no reparó en que dicha comunicación debe relacionarse con otra, por la cual el laboratorio Gardenhouse reclamó en 2 oportunidades que el precio de Finartrit Polvo estaba bajo el precio sugerido a raíz de una oferta que habían acordado, cuya vigencia había concluido a la época de las comunicaciones sin haberse actualizado el precio por Salcobrand. Modificó el precio sin atender al precio que la competencia tenía. La asistente del área Farma de Salcobrand solicitó al laboratorio verificar "que la competencia lo hubiese cambiado también" y previamente le informó que Salcobrand ya lo había modificado.

El correo al que se refiere la reclamación es una comunicación enviada por Judith Carreño, ejecutiva de Salcobrand, a Paulina Arriagada, trabajadora del Laboratorio Gardenhouse, de fecha 14 de marzo de 2008, a las 9:53 horas, cuyo asunto es "precio", en que le señala: "hoy se modificará el precio pero verifica que la competencia lo hubiese cambiado también". Consta la respuesta de Paulina Arriagada de igual fecha a las 11:21 horas, que dice: "Ahumada lo cambió y está listo en locales. Cruz Verde también pero tuvo

un retraso en la transmisión y va a aparecer durante la tarde”.

No cabe aceptar la defensa de Salcobrand, por cuanto el tenor literal del correo electrónico no dice nada acerca de la explicación de la reclamante, existiendo además la declaración de Paulina Arriagada ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, donde reconoció haber comunicado a una cadena lo que cobraba otra cadena: “(...) y de Salcobrand (...) preguntaron si es que la competencia lo había subido y lo iba a subir, y les respondí que sí, que lo había subido y llamé a Cruz Verde para preguntar porque me parece que en ese minuto no estaba a quince mil nueve noventa, o a ningún valor cercano, seguía al (sic) niveles de precio oferta y me dijeron que ellos lo habían cursado, que seguramente había un problema de transmisión”.

En virtud de lo que se ha venido razonado respecto de la participación de la cadena de Farmacias Salcobrand, no cabe otorgar valor probatorio a la declaración prestada por Claudia Carmona (Category Manager) quien negó cualquier tipo de coordinación para alzar los precios de los medicamentos coludidos.

QUINCUGÉSIMO OCTAVO: El informe pericial. Alegaciones de carácter procesal. Salcobrand formuló las siguientes alegaciones respecto del informe pericial rendido en autos:

1.- En la audiencia de designación el tribunal se negó a que su parte ejerciera el derecho de proponer el nombre, número y calidad o títulos de los peritos;

2.- El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia designó peritos que eran incapaces de serlo, por cuanto: a) No están incluidos en la nómina de peritos a que se refiere los artículos 416 y 416 bis del Código de Procedimiento Civil; b) Haber manifestado contar con una opinión o juicio respecto del asunto sometido a su conocimiento; c) Haber sido peritos en la misma causa con anterioridad; y d) Ser acreedores a la fecha de su nombramiento de una requerida;

3.- El Tribunal ordenó prescindir de la audiencia de reconocimiento, impidiéndosele ejercer los derechos que le confiere el artículo 419 del Código de Procedimiento Civil.

QUINCUAGÉSIMO NOVENO: Validez de las pericias. Se rechazan las referidas alegaciones en virtud de las siguientes motivaciones:

1.- El artículo 414 incisos primero y segundo del Código de Procedimiento Civil dispone:

"Para proceder al nombramiento de peritos, el tribunal citará a las partes a una audiencia, que tendrá lugar con sólo las que asistan y en la cual se fijará primeramente por acuerdo de las partes, o en su defecto por el tribunal, el número de peritos que deban nombrarse, la calidad, aptitudes

o títulos que deban tener y el punto o puntos materia del informe.

Si las partes no se ponen de acuerdo sobre la designación de las personas, hará el nombramiento el tribunal, no pudiendo recaer en tal caso en ninguna de las dos primeras personas que hayan sido propuestas por cada parte”.

A su turno, el artículo 415 del mismo cuerpo legal prescribe: “Se presume que no están de acuerdo las partes cuando no concurren todas a la audiencia de que trata el artículo anterior; y en tal caso habrá lugar a lo dispuesto en el segundo inciso del mismo artículo”.

En vista de estas disposiciones no cabe aceptar la alegación de la reclamante, puesto que el sentido de dichas normas no es el de gozar de una facultad de inhabilitar peritos sin causa, sino que se trata de que no prime su preferencia en la designación que efectúe el tribunal. Una interpretación contraria daría pie para que se consumara un abuso de una facultad e iría en contra de la buena fe procesal.

2.- En cuanto a la circunstancia de que los peritos designados no se encontraren incluidos en la lista que establece el artículo 416 y 416 bis del Código de Procedimiento Civil, cabe desestimar tal planteamiento, por

tratarse de una alegación manifiestamente inoportuna, teniendo en cuenta que los mismos peritos fueron designados originalmente a petición de parte sin que se hiciera alegación alguna a este respecto.

3.- Tampoco se aprecia de los antecedentes que los peritos designados por el tribunal como medida para mejor resolver hubieren manifestado una opinión o juicio respecto del asunto sometido a su conocimiento, como tampoco que hubieren emitido informe pericial en la misma causa con anterioridad, toda vez que el peritaje ordenado originalmente no se llevó a efecto por desistimiento de la parte que lo solicitó.

4.- Finalmente, en mérito de los antecedentes que ya habían visto los peritos en el desarrollo de peritaje originalmente decretado no se vislumbra perjuicio alguno en la circunstancia de que en la realización del decretado de oficio por el Tribunal se haya prescindido de la audiencia de reconocimiento.

SEXAGÉSIMO: Otras alegaciones. A continuación se expondrán un conjunto de alegaciones de las reclamantes que dicen relación con la pretensión consistente en convencer al tribunal de que éstas no incurrieron en la conducta prevista en el artículo 3° letra a) del D.L. N° 211, sino que sus

acciones obedecieron al comportamiento que es propio de la estructura y condiciones del mercado farmacéutico.

SEXAGESIMO PRIMERO: Ausencia de los elementos del tipo infraccional. Salcobrand afirma que no se configuran los elementos del ilícito de colusión en virtud de las siguientes razones: a) No hay evidencia de acuerdo expreso o tácito de colusión; b) El fallo no especifica el objeto del acuerdo y elude identificar su sustrato fáctico; c) No existe el nexo causal que exige la ley. El alza de precios se produjo a causa de fenómenos ajenos a un acuerdo; d) No hay una conducta antijurídica; e) No existe renta monopólica; y f) No concurre el elemento subjetivo del tipo, el que no puede presumirse.

A su turno, Cruz Verde asevera que no concurren los elementos de la colusión en razón de los siguientes argumentos: a) No hay prueba del acuerdo; b) No se generó poder de mercado en virtud del acuerdo y no se abusó de éste; y c) No hay prueba de conductas voluntarias y dolosas de Cruz Verde.

SEXAGESIMO SEGUNDO: Tesis de hipótesis alternativas a la colusión. Cruz Verde alega que los antecedentes demuestran que tenía interés por posicionarse como la cadena de farmacias más barata conforme a su política de seguidor de precios. Asevera que acreditó la intensidad competitiva que

mantuvo dicha empresa, con antecedentes tales como: (i) Proceso civil por competencia desleal promovido por Farmacias Ahumada contra Cruz Verde; (ii) Documentos que dan cuenta de actividades promocionales, de descuento, publicitarias y de marketing. Además acompañó informes económicos: (i) De Rómulo Chumacero; (ii) Informe de comentarios del mismo economista al informe pericial; (iii) Informe del economista Patricio Rojas quien evaluó empíricamente el comportamiento de los actores del mercado; (iv) Informe de la economista María Eliana Cruz quien invoca el paralelismo consciente como alternativa válida a la colusión imputada; (v) Informe del economista Raúl Labán, quien establece que los PVPS de los laboratorios farmacéuticos no habrían jugado un rol de punto focal o referencial para coordinar y facilitar la implementación, monitoreo y supervisión de un eventual acuerdo de colusión; (vi) Informe del economista Eduardo Walker, quien concluye que hacia fines del año 2007 los márgenes brutos (directos) eran anormalmente bajos; que el margen promedio excluyendo productos no farmacéuticos llegó a un mínimo de 8% en diciembre de 2007, que a marzo de 2008 el margen promedio llegó al 18% y hacia fines de 2008 a 20.6%. Concluye que esta cifra no es significativamente diferente del promedio desde 2004 y es coherente con gastos de

administración y ventas en torno al 25% de los ingresos operacionales.

Por su parte, Salcobrand alega que las alzas de precios obedecieron al resultado de estrategias competitivas independientes en un ambiente de interdependencia oligopólica, para lo cual subía unilateralmente el precio a medicamentos que se comercializaban con muy bajo margen o margen negativo. Puntualiza que el fallo omitió consideraciones respecto a la estructura y características del mercado, en que existe un contacto permanente e informado con los laboratorios, con los que se discuten precios, coordinan acciones, programan alzas, se intercambia información y sugieren el precio final de venta al público. El laboratorio en sus esfuerzos por persuadir a la farmacia a seguir el precio sugerido señala que la competencia ya cambió o que va a cambiar el precio de tal o cual medicamento. Hay infinidad de respuestas de las farmacias en las que cordialmente dicen estar procediendo de un modo, cuando en verdad proceden con entera independencia. Por ello, debe determinarse el verdadero sentido de correos electrónicos y el alcance o significación de los testimonios.

SEXAGÉSIMO TERCERO: Alegación sobre falta de fundamentación económica. Cruz Verde aduce que su conducta se explica por el denominado paralelismo en los valores y que se

comportó como seguidor de precios en un 93% de las ocasiones en que se alzó el precio de los medicamentos. Cuestiona al tribunal por que no se analizaron aquellas ocasiones en las cuales una o dos de las cadenas no reaccionaron al incremento o cuando un producto tiene el mismo o similar precio en las tres cadenas el mismo día, pero los montos tienden a diferenciarse en periodos sucesivos.

La reclamante Salcobrand asegura que se probó la presencia de factores adicionales o plus factors, que son indicadores de la existencia o no de un acuerdo de colusión, a saber:

1.- Ausencia de evidencia, rastro o registro de una organización tendiente a materializar, controlar y sancionar la colusión;

2.- Aumento en los gastos de publicidad;

3.- Aumento de las inversiones en el cambio de imagen y marketing, mejoramiento de locales, aperturas de nuevos locales y cierre de otros, etc.;

4.- Emisión de nuevas normas o códigos de conducta por Salcobrand;

5.- Ausencia en Salcobrand de sistemas de incentivos a sus trabajadores que favorezcan la colusión;

6.- Crecimiento experimentado por el mercado de los medicamentos que se eleva sobre el 20% en el quinquenio 2005 al 2010;

7.- Variaciones en la participación de mercado de los distintos actores y, concretamente, reducción de participación Salcobrand (7%), con evidencias de variaciones en el número de locales, que se abren y cierran;

8.- Ausencia de rentas monopólicas o ingresos anormales;

9.- Ausencia de incremento o variaciones significativas en el monitoreo de productos por Salcobrand.

Todas estas argumentaciones no descartan los acuerdos de las requeridas, por cuanto no tienen por objeto desvirtuarlas, sino explicar una estrategia general de mercado. Sin embargo, como se ha dicho con anterioridad, la conducta de Salcobrand era insostenible sin un concierto expreso o tácito de las demás competidoras, puesto que subir los precios sin un correlato de las demás actoras del oligopolio importaría una menor ganancia en el corto y largo plazo, pero si esta conducta era asumida por las demás cadenas, con lo cual le expresan el consentimiento expreso o tácito, que se controla mediante encuestas, permite seguir en la conducta contraria a la libre competencia, dado que no se desarrolla una estrategia propia e independiente, autónoma de

las otras cadenas, sino, por el contrario, las tres cadenas se comportan en un mismo sentido.

SEXAGESIMO CUARTO: Tablas y cuadros de movimientos de precios. Respecto a esta materia Salcobrand formula los siguientes reclamos:

1.- La sentencia impugnada utilizó como precio colusorio un valor distinto al mencionado en el requerimiento;

2.- No pudo emplear los datos contenidos en el "cronograma de alza de precios" y en las boletas y comprobantes de venta, pues no tienen las condiciones de un medio de prueba y carecen de veracidad;

3.- Las tablas no exhiben los movimientos de precios y cotizaciones de los medicamentos antes del período investigado, durante y después, ni todos los movimientos ocurridos en el periodo;

4.- No hay antecedentes en relación a los movimientos de precios de 16 medicamentos requeridos;

5.- No se consideraron los movimientos de precios y cotizaciones de cerca de 6.000 medicamentos no requeridos;

6.- Se analizaron 286 alzas de un total cercano a 2.000 materializadas sólo por Salcobrand, sin contar aquellas en que el primero en subir precios es Farmacias Ahumada o Cruz Verde;

7.- No consideró lo sucedido con las bajas de precios donde pudieron tener lugar coincidencias similares;

8.- Con cotizaciones los martes y jueves siempre habrá cotizaciones el día anterior, por lo que no es de extrañar que cuando tuvo lugar un alza se siguiera cotizando en días seguidos;

9.- No se consideraron otros factores determinantes de las coincidencias detectadas, por ejemplo, atribuibles al azar o motivadas por que la competencia se entera por múltiples vías alternativas (reclamos o avisos de clientes, laboratorios, ejecutivos, promociones y publicaciones en la prensa, etc.);

10.- Se excluyeron del análisis las cotizaciones que Salcobrand efectuó en la competencia;

11.- Si bien Cruz Verde cotizaba más a Farmacias Ahumada y puede observarse un incremento de sus cotizaciones a Salcobrand, la relación sigue dando cuenta de que Cruz Verde cotizaba preferentemente a Farmacias Ahumada. Las cotizaciones de Cruz Verde a Farmacias Ahumada superaron en 3,4 veces las cotizaciones a Salcobrand, lo cual explica que Cruz Verde era seguidor de Farmacias Ahumada, pero que notó un giro en la estrategia comercial de Salcobrand y aumentó la frecuencia de sus cotizaciones a esa cadena;

12.- Si se dieran por ciertas las cotizaciones del cronograma de alza de precios y la historia de las cotizaciones especiales, las coincidencias mostradas en el fallo resultan ser un patrón paralelo más mezcla de azar y de interdependencia oligopolística;

13.- Es posible que los laboratorios, de motu proprio, por su interés en coordinar el precio de expendio de sus medicamentos y por la estructura y características del mercado hayan comunicado a las demás cadenas de farmacias el cambio en el precio de sus medicamentos o es probable que frente a una noticia concreta Farmacias Ahumada y Cruz Verde reaccionaran, se pusieron atentos a los cambios de precios del nuevo líder del mercado, comenzaron a cotizarlo de manera más significativa y se alinearon aunque no siempre, como lo demuestran las declaraciones de Sergio Purcell, Miguel Celedón, Marcelo Aguilera, Ricardo Ewertz y Jaime Trewik; avaladas por el informe de María Eliana Cruz.

A su vez, Cruz Verde planteó respecto a la misma materia las siguientes alegaciones:

1.- Se produce prueba en la sentencia, lo que genera indefensión;

2.- Se efectuó el análisis a partir del precio moda, pese a que las bases de datos aportadas no contenían ese dato. Rómulo Chumacero expresa que impera la alta dispersión

diaria de precios de los medicamentos, así Cruz Verde registró productos que llegaron a tener 53 precios distintos en un día con un máximo de 153, lo que deriva de una gran cantidad de promociones, descuentos y ofertas. En promedio sólo el 60% de los precios de venta se fijaron con las modas de precios. El economista Patricio Rojas dice: "Tal diversidad de precios por medicamento resulta a lo menos contradictoria, primero, con la factibilidad de llegar a un acuerdo con la competencia en base a un precio único, y segundo, con la factibilidad de cumplir dicho acuerdo";

3.- Era necesario considerar las cotizaciones realizadas por Salcobrand en Cruz Verde y Farmacias Ahumada, para verificar si se cumplía el acuerdo colusorio. Se comprobaría que Salcobrand no cotizó regularmente los precios de sus competidores, cuestión que no es explicable en un escenario de colusión;

4.- La sentencia no comparó los movimientos de precios y cotizaciones fuera del periodo investigado. Si las coincidencias en los días en que se modifican los precios y en los que se realizan las cotizaciones también ocurren con frecuencia similar en otros periodos no puede concluirse que esas coincidencias son fruto de un acuerdo sino de una característica propia del mercado;

5.- El profesor Chumacero demuestra que en el periodo denunciado no hay mayor frecuencia de movimientos simultáneos de precios entre cadenas que en el de la guerra de precios. La presencia de patrones sistemáticos de rezagos en el ajuste de precios por parte de Cruz Verde es consistente con su modelo de negocios. Si se analiza la secuencia de alzas (mecanismo 1-2-3 Salcobrand-Farmacias Ahumada-Cruz Verde) se cuentan 90 eventos en el periodo investigado y sólo 2 en el anterior si se considera la moda de precios, mientras que estas magnitudes se reducen a cero si se toma el promedio de precios de venta. Aún 90 eventos en 5 meses no pueden considerarse como evidencia de un patrón sistemático;

6.- Sólo se incorporaron antecedentes relativos a las cotizaciones de los medicamentos que forman parte del requerimiento. Hay productos cotizados que no experimentaron movimiento alguno o experimentaron cambios a la baja o al alza, pero no con los patrones que establece la sentencia;

7.- En el caso de Cruz Verde el tribunal contaba con antecedentes desde septiembre de 2007 hasta diciembre de 2008, pero sólo analizó periodos acotados de tiempo y en ciertos casos discontinuos, lo que implica un sesgo;

8.- En las tablas no se indicó el precio a que el medicamento fue cotizado. En más de alguna ocasión el precio fijado por Cruz Verde correspondió al cotizado en Salcobrand,

pero no al que resultó ser el moda ese mismo día y los días siguientes presentando un precio más barato;

9.- Detectó al menos 800 errores en los precios moda consignados en las tablas, más 680 errores en los registros de las cotizaciones;

10.- Las tablas contienen vacíos en los tiempos;

11.- La pretendida mayor frecuencia de cotizaciones de Cruz Verde no es tal, si bien estacionalmente puede haber cambios, éstos son constantes en el tiempo. Los patrones de cotizaciones dependen del periodo de que se trate y del competidor relevante que pone en dinámica los precios;

12.- No se consideró el fenómeno de predicción de conductas, propias o connaturales a la interdependencia oligopolística, que justifica que en algunas ocasiones se cotizara en días anteriores a las alzas. Cruz Verde no sabía que día se alzaría el precio y salía a detectar eventuales alzas, cotizando a su competencia. El monitoreo es parte de su actividad comercial diaria, antes y después del requerimiento y su fin es tener noticia lo más exacta de las varianzas de los precios de la competencia para proteger su posicionamiento de precios bajos;

13.- Hubo precios distintos en las cadenas y variación del precio días después del alza. Hay situaciones en que el comportamiento de los precios y su relación con las

cotizaciones son contradictorias a un acuerdo colusivo (tablas 59, 64, 105, 125, 188 y otras);

14.- La sentencia es confusa en determinar cuál es el mecanismo colusivo. No es aceptable que diga cualquiera que sea el patrón seguido en las alzas habría colusión, pues querría decir que todas las alzas en todo tiempo por el mero hecho de ser seguidas en un lapso de 1, 4, 8 o 15 días que llevara los precios a magnitudes similares sería reflejo de colusión. Que un precio se ajuste en dos o cuatro días es natural a este mercado.

SEXAGESIMO QUINTO: Valor probatorio del informe pericial. Salcobrand formula respecto del informe pericial las siguientes alegaciones:

1.- Definió arbitrariamente el patrón de búsqueda, ya que se centró en aquel que responde al mecanismo "1-2-3" identificado en el "Cronograma de Alzas de Precios", admitiendo cualquier frecuencia en que las alzas se consolidaran en 5 días hábiles a precios no uniformes. Luego, incorpora un patrón nuevo 1-2 en vista que con todas las definiciones, ajustes y aumentos, los números del patrón 1-2-3 no se ajustaban a las acusaciones.

2.- No aborda la tasa de falla de los intentos de alzas de precios que se revierten luego de algunos días porque la competencia no las siguió.

Cruz Verde reclama que el fallo dice que prescindirá del informe pericial como elemento probatorio de la colusión, ya que sus conclusiones pueden entenderse también como demostrativas de competencia oligopolística, pero igual emplea sus datos para restar mérito a los informes acompañados, al incluir como medio de prueba relevante "los análisis de los datos de ventas, precios de venta y cotizaciones que también constan en autos" y para establecer el patrón referido al mecanismo colusivo.

SEXAGESIMO SEXTO: Alegaciones en cuanto a los informes de expertos. Salcobrand alega que se estableció a través de ellos que en el período (diciembre de 2007 a marzo de 2008) los 222 medicamentos registraron en las tres cadenas 1.616 alzas de precio y 1.358 bajas de precio (precios de moda); que Salcobrand en la mayoría de los casos era la primera en iniciar las alzas, pero en el marco de una estrategia de subir el precio de medicamentos que se comercializaban a bajo margen o margen negativo, siendo esas alzas seguidas por Farmacias Ahumada y Cruz Verde, alternativamente, con uno o más días de rezago, pero no simultáneas. Menciona que la existencia de alzas de precios con un día de diferencia bajo el patrón "1-2-3" son 286 de acuerdo a los cálculos del Tribunal, lo que representa una proporción muy inferior del

universo de cerca de 2.000 alzas para los 222 medicamentos durante el período.

SEXAGESIMO SEPTIMO: Reiteración de criterios. Para iniciar el análisis es pertinente señalar que el artículo 26 del D. L. N° 211 prescribe: "La sentencia definitiva será fundada, debiendo enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia".

Emprendiendo la búsqueda de esos fundamentos económicos es imperativo reseñar que de acuerdo a la teoría general económica, surgen los siguientes conceptos y enunciados generales:

1.- Se reconocen en doctrina económica dos tipos de competencia: la competencia perfecta y la competencia imperfecta. Se ha señalado que estos tipos de competencia se diferencian en la capacidad que tienen oferentes y demandantes para influir en el precio de mercado de los bienes y servicios transados; además en factores tales como atonicidad del mercado, homogeneidad del producto, transparencia del mercado, libre entrada y salida del mercado y total movilidad de los factores productivos.

2.- Los bienes elásticos respecto al precio son aquellos cuya demanda es muy sensible al precio, de modo que las modificaciones en el precio de venta al público provocan cambios proporcionales en la demanda. En cambio, los bienes

inelásticos son aquellos en que las variaciones en el precio ocasionan cambios menos proporcionales, o incluso nulos en la demanda.

3.- Mientras menos elasticidad tiene un producto, mayor poder detenta la oferta para determinar los precios en detrimento del consumidor.

4.- Las reglas de la libre competencia imponen a los competidores un obrar autónomo e independiente que implica que se llevará a cabo una lucha competitiva en pos de alcanzar los mejores resultados económicos posibles. Uno de sus pilares es la libertad de elección para el consumidor como para el productor y de ella depende la asignación eficiente de recursos en la economía. Es por ello que la Carta Política ha desarrollado un conjunto de garantías destinadas a permitir el libre emprendimiento de acciones económicas y, como se ha indicado, se pretende obtener un orden público económico sano y competitivo, determinado principalmente por la oferta y la demanda.

5.- Una de las infracciones a las reglas de la libre competencia es la colusión horizontal, la cual muestra un fuerte incentivo a producir menos y cobrar más caro. Se evita con ello la mutua competencia. Es una forma de monopolio. Se ha dicho que el cartel es una organización creada por algunos productores para la venta en común de su producto, lo que

constituye una restricción seria de la competencia, en especial cuando dichos agentes tienen preponderancia en el mercado. Es un acuerdo en busca de beneficios recíprocos en perjuicio de los consumidores.

6.- La colusión es " el acuerdo entre los productores (proveedores) o distribuidores (comerciantes) en fijar precios de venta o de compra, paralizar o reducir la producción o en la asignación de zonas o cuotas de mercado" "la conducta es ilícita ya que en vez de competir se ponen de acuerdo en no hacerlo y así obtener un beneficio asegurado a costa de quienes le venden o compran, según se trate de productores o distribuidores quienes incurren en estas prácticas" (Derecho Económico, Tercera Edición Actualizada, José Luis Zavala Ortiz y Joaquín Morales Godoy, 2011, pág. 171).

7.- El objetivo principal buscado por las firmas que participan en estos acuerdos es naturalmente la maximización de sus beneficios y utilidades.

8.- No constituye una infracción al derecho de libre competencia la denominada conducta del paralelismo consciente por estructura de mercado. El autor Domingo Valdés P. ("Tipicidad y Regla Per Se en las Colusiones Monopólicas Horizontales". En revista Anales de Derecho UC Temas de Libre Competencia 2. Legis S. A. pag. 90) señala: "Se caracteriza

porque los competidores saben que actúan en forma similar o coincidente, pero ello se debe a la estructura y características particulares de un determinado mercado relevante y, por tanto, tampoco existe concierto y consiguientemente no procede imputar responsabilidad monopólica. Suele presentarse esta clase de conductas paralelas en mercados en los que los competidores producen y/o comercializan bienes o servicios homogéneos y, en consecuencia, manejan una estructura de costos similar o bien en el caso de la comercialización de productos homogéneos que los consumidores identifican como tales, es usual que el precio de aquéllos presente semejanzas"...Cada competidor planifica su estrategia comercial considerando el comportamiento esperado de sus rivales. Ello se explica porque cada competidor teme una guerra devastadora en materia de precios y por ello tiende a buscar en éstos un nivel tal que garantice a los oferentes del respectivo mercado una ganancia suficiente. Esto se traduce en una interdependencia conductual en materia de precios y, por tanto, las variaciones del equilibrio entre la oferta y la demanda tendrán correlativamente en las alzas y bajas de los precios del mercado respectivo"...La interdependencia oligopolística constituye una interesante defensa, puesto que aquélla no resulta en sí misma constitutiva de ilícito contrario a la

libre competencia. En efecto, para que esa conducta sea sancionada sería necesario que mediase un acuerdo colusorio entre las empresas. Esto explica por qué el paralelismo consciente por estructura de mercado suele ser una defensa invocada por los competidores a quienes se les imputa haber incurrido en el ilícito monopólico de colusión tácita”.

SEXAGESIMO OCTAVO: Criterios económicos. La doctrina económica ha elaborado ciertos signos o factores en la industria cuya presencia ayuda a reconocer la existencia de un cartel o colusión:

1.- Cuando es costoso o dificultoso para nuevos proveedores o vendedores entrar en la industria;

2.- Hay sólo unos pocos proveedores o un pequeño grupo que controla la mayor parte del mercado y en general hay muchos compradores;

3.- Los proveedores tienen costos similares o los costos fijos explican una alta proporción de los costos totales;

4.- Los compradores carecen de expertise;

5.- Mientras más estandarizado sea un producto más fácil será para los proveedores competidores alcanzar un acuerdo;

6.- El producto tiene pocos o ningún sustituto cercano;

7.- La demanda por el producto o servicio es estable;

8.- La participación en el mercado de los oferentes es importante;

9.- Los precios ofrecidos son similares o idénticos;

10.- Hay un incremento inesperado o injustificado de precios o diferentes proveedores elevan sus precios en un monto similar y por un mismo tiempo;

11.- Los proveedores manifiestan que la industria ha decidido incrementar sus márgenes;

12.- Se desatiende la regla que el precio pagado por un medicamento será la retribución al bien en sí mismo, el cual incorpora a los costos emanados del proceso de producción a los beneficios de los agentes encargados del mismo, así como a los servicios vinculados a la distribución y dispensa.

SEXAGESIMO NOVENO: El precio. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para los análisis de movimientos de precios consideró el "precio moda de venta", que es el precio que más se repite en las ventas de cada cadena en un día.

Esta Corte considera correcto el planteamiento del Tribunal, en consideración a los siguientes antecedentes:

1.- Es un hecho de la causa que las cadenas de farmacias venden durante un día un mismo medicamento a distintos precios.

2.- Se reconoce en doctrina que el proceso de colusión es dinámico, toda vez que existe un constante direccionamiento de los agentes económicos con la finalidad de lograr un precio óptimo de colusión, que depende, entre

otros, del modo en se cumple el acuerdo, de los niveles de demanda y costos, entre otros.

3.- Así, cualquiera que sea la metodología que se aplique, lo relevante es que en esas múltiples alternativas el tribunal se encontraba habilitado para seleccionar una categoría de precio que pudiera funcionar como colusivo para las cadenas de farmacias. El propio informe de Rómulo Chumacero reconoce que en su mayoría las ventas se realizaron con las modas de precios. De este modo, la situación sobre dispersión de precios no imposibilita que se configure un acuerdo de colusión.

SEPTUAGESIMO: Alegación de indefensión. Se desestima el reclamo en orden a que se habría causado indefensión por la "producción de prueba" en la sentencia. El predicamento no es aceptable, toda vez que el ordenamiento jurídico de libre competencia -artículo 22 del D.L. N° 211- faculta expresamente al tribunal para establecer presunciones o hacer deducciones a partir de hechos concretos. Por otra parte, no se vislumbra perjuicio cuando se niega la solicitud de absolución de posiciones del Fiscal Nacional Económico, toda vez que el expediente administrativo de investigación del ilícito se encontraba íntegramente acompañado a los autos.

SEPTUAGESIMO PRIMERO: Contradicción del fallo impugnado. Respecto de la posible contradicción en que habría incurrido

el fallo impugnado en torno a la ponderación del informe pericial, lo cierto es que la alegación carece de fundamento, toda vez que el considerando 159 expresó que el informe pericial no tiene valor probatorio por sí solo y que requiere evidencia adicional. Ello es lógico si se tiene en cuenta que se trata de una pericia sobre la interpretación de los hechos de la causa que exige el conocimiento de la ciencia económica. Prima para el juzgador -tal como lo ha hecho en razonamientos previos- una interpretación sistemática de los antecedentes.

SEPTUAGESIMO SEGUNDO: Argumentos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Resueltos los reproches en torno a las objeciones planteadas a la prueba y la ponderación efectuada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resulta pertinente expresar los principales argumentos de hecho de ese Tribunal para establecer la colusión:

1.- Las hipótesis alternativas a la colusión planteadas no han sido acreditadas en modo alguno;

2.- Se observaron alzas relativamente simultáneas en los precios de los medicamentos, entre los meses de diciembre de 2007 y abril de 2008, sin que exista una explicación uniforme y consistente de las requeridas, todo lo contrario, son muy diferentes;

3.- La Fiscalía nacional Económica como las dos requeridas y Farmacias Ahumasa están contestes en el hecho que las alzas de precios eran iniciadas por Salcobrand en la mayor parte de los casos y, posteriormente -con uno o más días de rezago-, eran seguidas por Cruz Verde, y finalmente por Farmacias Ahumada o, alternativamente, por Farmacias Ahumada y finalmente por Cruz Verde;

4.- Salcobrand coincide en que ella inicia las alzas de precios en la mayoría de las ocasiones;

5.- Cruz Verde, por su parte, argumenta que siempre ha sido una empresa seguidora de precios, y que habría seguido las políticas de precios de Farmacias Ahumada y de Salcobrand a través de un sistema de cotizaciones pre-establecido;

6.- Se encuentra plenamente acreditado en autos el comportamiento paralelo denunciado, el que es además reconocido por las dos requeridas;

7.- Las tres cadenas de farmacias, como parte de su funcionamiento normal, cotizan periódicamente los precios de los productos que también se venden en las farmacias competidoras, de forma de monitorear que sus propios precios no sean excesivamente altos, pues perderían participación de mercado; ni excesivamente bajos, pues podrían eventualmente perder ingresos a costa de aumentar su participación en el mercado;

8.- En el caso de Cruz Verde, es claro que normalmente realizaba cotizaciones en Farmacias Ahumada con mucha más frecuencia que en Salcobrand, pues cada medicamento era cotizado entre 2 y 4 veces por semana en Farmacias Ahumada, y menos de una vez por semana en Salcobrand. Se observa también que, casi en la totalidad de los medicamentos incluidos en el requerimiento, Cruz Verde cotizó, durante el periodo de alzas denunciado como colusorio, los productos en ambas cadenas por varios días consecutivos, comenzando las cotizaciones en Salcobrand el mismo día o un día antes que Salcobrand subiera el precio del medicamento en cuestión, y continuando con dichas cotizaciones por algunos días. Lo anterior no se condice ni con su política normal de seguir a Farmacias Ahumada, ni con su política normal de cotizaciones recién descrita y, lo más importante, no existe justificación (si se excluye la tesis colusiva) para el hecho de que Cruz Verde supiera con anticipación cuándo Salcobrand subiría sus precios;

9.- Las únicas ocasiones en que Cruz Verde cotizó en Salcobrand por varios días seguidos son aquellas en que el precio del medicamento aumenta en un porcentaje importante; alzas iniciadas por Salcobrand y luego seguidas, casi inmediatamente, por Farmacias Ahumada y, finalmente, por Cruz Verde;

10.- Normalmente Farmacias Ahumada cotizaba cada medicamento en las otras dos cadenas al mismo tiempo, con cierta regularidad (en la mayoría de los casos, cada dos semanas). Sin embargo, y al igual que ocurre en el caso de Cruz Verde, en la mayoría de los medicamentos objeto del requerimiento, y coincidiendo precisamente con las instancias de alzas de precios iniciadas por Salcobrand, durante el periodo denunciado como colusorio, Farmacias Ahumada cotizó cada medicamento por varios días seguidos, comenzando exactamente en el día en que Salcobrand aumenta el precio del mismo, lo que no es consistente con el patrón normal de cotizaciones recién descrito y muy difícilmente podría ser explicado sin que Farmacias Ahumada tuviese conocimiento previo del día de cada alza. Posteriormente a este anómalo patrón en su frecuencia de cotizaciones, Farmacias Ahumada cotizó el medicamento en las dos farmacias de la competencia de forma más seguida que lo normal, lo que es consistente con una actividad de monitoreo efectuada para confirmar que los precios sigan en el nivel alcanzado gracias a un acuerdo;

11.- En los 206 medicamentos se observa un patrón de consulta, esto es, Cruz Verde y Farmacias Ahumada cotizaban el medicamento por varios días seguidos, exactamente a partir del día previo al que Salcobrand aumentaba el precio del mismo o, en algunos casos, el mismo día; comportamiento que

no guarda relación con el patrón observado en el resto de los días respecto de los que el Tribunal cuenta con información (entre el 1 de septiembre de 2007 y el 30 de noviembre de 2008), y que definitivamente no es posible explicar sin el conocimiento previo de la fecha de las variaciones de precios por parte de la competencia; conocimiento que no puede derivarse sino de una colusión;

12.- En los siguientes medicamentos, incluidos en el requerimiento de autos, se observó una clara relación entre los días en que ocurrieron aumentos manifiestos en la intensidad de cotizaciones en locales de la competencia y las fechas exactas de las alzas en el precio moda de venta de cada uno de estos medicamentos en la cadena que primero modificó su precio:

Tabla

Código	Medicamento
FNE	
1	Marvelon-20 Caja 21 Comp.
2	Folisanin 5 Mg. Caja 30 Comp.
3	Glucophage Forte 850 Mg. Caja 60 Comp.
4	Feminol X 21 Comp. Recub
5	Elcal-D Caja 30 Cap.
6	Herolan Aerosol 10 Ml

Código	Medicamento
FNE	
107	Alfin 50 Mg. Caja 1 Comp.
108	Valcote 250 Mg. Caja 50 Comp.
109	Posivyl 20Mg X 30 Comp.
110	Trex 500 Mg. Caja 6 Comp.
111	Inflamvide Inh.Buc-Nas300
112	Citoneuron Caja 30

Código	Medicamento
FNE	
	200 Dosis
7	Tareg 80 Mg. Caja 28 Cap.
8	Maltofer Gts. Frasco 30 Ml
9	Maltofer 100 Mg. Caja 30 Comp.
10	Lerogin Caja 30 Grag
11	Dilatrend 25 Mg. Caja 28 Comp.
12	Enalten-D 10/25 Caja 30 Comp.
13	Tobe 2,5 Mg X 30 Comp..
14	Tildiem 60 Mg. Caja 20 Comp.
16	Ciclomex -15 Caja 28 Comp.
17	Elcal-D Forte Caja 60 Cap.
18	Marvelon Caja 21 Comp.
19	Glafornil 500 Mg. Caja 30 Comp.
20	Zometic 7.5 Mg. Caja 30 Comp.
21	Ciclidon-20 Caja 21 Comp. Rec.
22	Ciclomex -20 Caja 21 Grag.
23	Elcal-D Caja 60 Cap.
24	Dilatrend 12.5 Mg. Caja 28 Comp.
25	Ciclomex Caja 21 Comp. Rec.
26	Confer Caja 30 Cap.
27	Folisanin 1 Mg. Caja 30 Comp.
28	Aero-Itan Caja 20

Código	Medicamento
FNE	
	Cap.
113	Talflex 100 Mg. Caja 20 Comp.
114	Ipran 20 Mg. Caja 30 Comp. Rec.
115	Venastat 290 Mg. Caja 30 Cap.
116	Cortiprex 20 Mg X 20 Comp.
117	Enalten 5 Mg. Caja 30 Comp.
118	Lexapro 10 Mg. Caja 28 Comp.
119	Findaler 10 Mg. Caja 30 Comp.
120	Lipitor 10 Mg. Caja 30 Comp.
121	Iskimil 75 Mg. Caja 30 Comp. Rec.
122	Flixotide Lf 125 Mcg. Inh. Buc. 120 Dosis
123	Gynera 75/20 Caja 21 Grag.
125	Mobex 15 Mg. Caja 10 Comp.
126	Eutirox 125 Mcg. Caja 50 Comp.
127	Dagotil 1 Mg. Caja 30 Comp.
128	Microgynon-Cd Caja 28 Grag.
129	Depakene 250Mg/5Ml. Jbe. Fco.120 Ml.
130	Losopil 7.5 Mg. Caja 30 Comp. Rec.
131	Spiron 1Mg/Ml. Sol. Fco. 30 Ml.
132	Tareg D 80/12,5 Caja 28 Comp.
133	Prodel 4 Mg. Caja 20 Comp.
134	Carboron Retard 400

Código	Medicamento
FNE	
	Cap.
29	Tensoliv X 30 Comp Recub
30	Nexium 40 Mg 28 Comp
31	Fesema Lf 100 Mcg. Inh. Buc. 200 Dosis
32	Anulette Caja 21 Comp.
33	Lady-Ten X 21 Comp Rec Uf
34	Conpremin Gra.0,300Mg.28
35	Nexium 20 Mg 28 Comp.
36	Dal Caja 28 Comp.
37	Sinasmal 100 Mcg/Dosis Aerosol 10 Ml
38	Eutirox 100 Mcg. Caja 100 Comp.
39	Lomex 20 Mg. Caja Fco. 35 Cap.
40	Recamicina 500 Mg. Caja 10 Comp.
41	Atemperator 500 Mg. Caja 20 Comp.
42	Gynostat 20 21Comp
44	Aratan 50 Mg. Caja 30 Comp.
45	Trittico 100 Mg X 20 Comp.
46	Ipran 10 Mg. Caja 30 Comp. Rec.
47	Hipolixan 10 Mg. Caja 30Comp.
48	Aerolin Lf 100 Mcg. Inh. Buc. 200 Dosis
49	Efexor Xr 75 Mg. Caja 30 Cap.
50	Belara Caja 21 Comp.

Código	Medicamento
FNE	
	Mg. Caja 30 Comp.
135	Corodin-D Caja 30 Comp.
136	Valcote 250 Mg. Caja 20 Comp.
137	Maltofer Jbe. Fco. 100 Ml.
138	Conti-Marvelon 20 Caja 28 Comp.Rec
139	Norvasc 5 Mg. Caja 30 Comp.
140	Plexus Jbe. Fco. 120 Ml.
141	Altruline 50 Mg Caja 30 Comp.
142	Remitex 10 Mg. Caja 30 Comp.
143	Medrol 16 Mg. Caja 14 Comp.
144	Ravotril 0.5 Mg. Caja 28 Comp
145	Ravotril 2 Mg Caja 28Comp
146	Migranol Caja 10 Comp.
147	Cardura Xl 4 Mg. Caja 30 Comp.
148	Traviata Com.20Mg.30
149	Prozac 20 Mg. Caja 28 Comp. Dispersables
150	Zyprexa 10 Mg. Caja 28 Comp.
151	Spiriva 18 Mcg. Caja 30 Cap.
152	Lipitor 20 Mg. Caja 60 Comp.Rec
153	Tareg D 160/25 Caja 28 Comp.
154	Daflon-500 Caja 60 Comp.
155	D-Histaplus 5 Mg. 30

Código	Medicamento
FNE	
51	Eutirox 75 Mcg. Caja 50 Comp.
52	Tareg D 160/12.5 Caja 28 Comp.
53	Nasonex 50 Mcg. Susp. Nas. 140 Dosis
54	Dinaflex Duo Forte Caja 30 Sobr.
55	Hidrium Caja 20 Comp.
56	Degraler 5 Mg. Caja 30 Comp. Rec.
57	Eutirox 50 Mcg. Caja 50 Comp.
58	Flemex J.A.T. Forte Jbe. Fco.120 Ml.
59	Simperten 50 Mg X 30 Comp.
60	Atemperator 250 Mg. Caja 20 Comp.
61	Spiron 1 Mg. Caja 30 Comp.
62	Carboron 300 Mg. Caja 50 Comp.
63	Uniclar 50 Mcg. Inh. Nas. 140 Dosis
64	Drina Caja 21 Comp.
65	Spiron 3 Mg. Caja 30 Comp.
66	Aerogastrol Caja 20 Cap.
67	Zyprexa 5 Mg. Caja 14 Comp.
68	Flemex J.A.T. Jbe. Fco.120 Ml.
69	Celebra 200 Mg. Caja 10 Cap.
70	Grifoparkin X 30 Comp.
71	Dinaflex Duo Caja 60

Código	Medicamento
FNE	
	Comp.
156	Arava 20 Mg. Caja 30 Comp.
157	Actonel 35 Mg. Caja 4 Comp.
158	Gynera Caja 21 Grag.
159	Luvox 100 Mg Caja 15 Comp.
160	Normatol 300 Mg. Caja 30 Cap.
161	Seler Up 50 Mg. 6 Comp.
162	Condrosulf 800 Mg. Caja 30 Comp.
163	Plavix 75 Mg. Caja 28 Comp.
164	Clarimax 500 Mg. Caja 14 Comp.
165	Tareg 160 Mg. Caja 28 Cap.
166	Flixonase 0.05% Susp. Aer. 120 Dos.Nas.
167	Micardis Plus 80/12,5 Mg.Caja 28 Comp.
168	Anisimol 20 Mg. Caja 20 Comp.
169	Lipitor 20 Mg. Caja 30 Comp.
170	Dilatrend 6.25 Mg. Caja 28 Comp.
171	Lamictal 100 Mg. Caja 30 Comp.
173	Lipitor 40 Mg. Caja 30 Comp.
174	Clarimax 250 Mg/5Ml. Susp. Fco. 80 Ml.
175	Norvasc 5 Mg. Caja 60 Comp.
176	Neo Sintrom 4 Mg. Caja 20 Comp.
177	Maltofer Fol Caja 30

Código	Medicamento
FNE	
	Cap.
72	Imecol Caja 20 Comp. Ad.
73	Glucophage Forte 850 Mg. Caja 30 Comp
74	Aerius 5 Mg. Caja 30 Comp.
75	Eranz Com.10Mg.28
76	Aratan-D Caja 30 Comp.
77	Yasmin Caja 21 Comp. Rec.
78	Morelin X 30 Comp Recub
79	Livial Com.2,5Mg.28
80	Dorsof T Col. Fco. 5Ml
81	Lifter 100 Mg. Caja 5 Comp.
82	Frenaler-D Jarabe 100 Ml
83	Neoclaritine 5 Mg. Caja 30 Comp.
84	Emezol 40 Mg 30 Caps.
85	Marathon X 30 Capsulas Blandas
87	Simperten D 100 Mg Caja 30 Comp.
88	Valcote 500 Mg. Caja 50 Comp.
89	Lyrica 75Mg Caja 28 Caps.
90	Lifter 50 Mg. Caja 5 Comp.
91	Ravotril 1 Mg Caja 28 Comp.
92	Combivent Inh. Buc. 200 Dosis
93	Ebixa 10 Mg. Caja 56

Código	Medicamento
FNE	
	Comp.
178	Libraxin Caja 30 Comp.
179	Cronus Caja 20 Comp.
180	Amoval 1 Gr. Caja 14 Comp.
181	Zyprexa Zydis 5 Mg. 7 Comp.
182	Norvasc 10 Mg. Caja 30 Comp.
184	Caduet 10Mg/10Mg Caja 30 Comp. Rec
185	Dixi-35 Caja 21 Comp. Rec.
186	Caduet 5Mg/10Mg Caja 30 Comp. Rec.
187	Hipolixan 40 Mg. Caja 30 Comp.
188	Berodual Sol.Nebu.20Ml.
189	Valcote 500 Mg. Caja 20 Comp.
190	Somno 10 Mg. Caja 30 Comp.
191	Sulpilan 50 Mg. Caja 30 Cap.
192	Betacar 50 Mg. Caja 20 Comp.
193	Gamalate B6 Caja 60 Grag.
194	Altruline 100 Mg. Caja 30 Comp.
196	Dormonid 15 Mg. Caja 30 Comp.
197	Depurol Retard 75 Mg. Caja 30 Cap.
198	Micardis 80 Mg. Caja 28 Comp.
200	Dagotil 1Mg/Ml. Sol. Fco. 30 Ml.
201	Lamictal 50 Mg. Caja

Código	Medicamento
FNE	
	Comp. Rec.
94	Amoval 500Mg/5Ml Susp. Fco. 100 Ml.
95	Reflexan 5 Mg. Caja 20 Comp. Rec.
96	Atemperator 200 Mg. Caja 30 Comp.
97	Lipitor 10 Mg. Caja 60 Comp.
98	Xalatan 0.005% Col. Fco. 2.5 Ml.
99	Femelle 20 Caja 28 Comp.Recubierto
100	Femelle Caja 28 Comp. Rec.
101	Aldrox 70 Mg. Caja 10 Comp. Rec.
102	Trex 500 Mg. Caja 3 Comp.
103	Valcote Er 500 Mg. Caja 50 Comp.
104	Dacam Rl X 1 Fco.Amp.
105	Hipolixan 20 Mg. Caja 30Comp.
106	Corodin 50 Mg. Caja 30 Comp.

Código	Medicamento
FNE	
	30 Comp.
202	Efexor Xr 37.5 Mg. Caja 30 Cap.
203	Neuractin Sr 500 Mg. Caja 50 Comp.
204	Neuractin 500 Mg. Caja 20 Comp.
205	Dinaflex 400 Mg. Caja 6 Amp. 1 Ml
206	Zyprexa Zydis 10 Mg. 7 Comp.
207	Amoval-21 500 Mg. Caja 21 Comp.
208	Celebra 200 Mg. Caja 30 Cap
210	Dagotil 3 Mg. Caja 30 Comp.
212	Dipemina 500 Mg. Caja 60 Comp
213	Frenaler-D X 20 Grageas
214	Gynostat X 21 Comprimidos
217	Neuryl 2 Mg. Caja 30 Comp
218	Clarínase Jarabe. Fco. 100 Ml.

13.- De los medicamentos incluidos en la tabla precedente, se identificó en 133 casos una única alza de precios asociada a mayor intensidad de cotizaciones; en 63 casos, se identificaron 2 alzas de precios en fechas diferentes (nuevamente ambas instancias siempre acompañadas por mayor intensidad de cotizaciones); y en 9 casos, 3 alzas de precios en distintas fechas (nuevamente, cada una de las 3

instancias siempre acompañadas por mayor intensidad de cotizaciones). Todos estos movimientos llevaron a que los precios en las tres cadenas prácticamente se igualaran en la gran mayoría de los casos;

14.- El patrón antes descrito observado en 206 de los 222 medicamentos objeto del requerimiento -relación temporal entre una mayor intensidad de cotizaciones y las fechas de alza de precios a público final- no se observó únicamente en el caso de los siguientes trece medicamentos incluidos en el requerimiento: Anulette-CD caja 28 comp. (N° 15 del Requerimiento FNE), Elcal 320 mg. caja 30 cap. (N° 86 del Requerimiento FNE), Elcal 320 mg. caja 60 cap. (N° 124 del Requerimiento FNE), Tradox 100 mg. caja 30 comp. (N° 172 del Requerimiento FNE), Rinoven caja 28 comp. (N° 183 del Requerimiento FNE), Dinaflex Duo caja 40 cap. (N° 195 del Requerimiento FNE), Minulet caja 21 grag. (N° 199 del Requerimiento FNE), Cosopt col. fco. 5 ml. (N° 209 del Requerimiento FNE), Numosol 50mg./5ml. jbe. 100 ml. (N° 211 del Requerimiento FNE), Dolofar T.U. 200 mg. caja 10 comp. (N° 215 del Requerimiento FNE), Progyluton caja 21 grag. (N° 216 del Requerimiento FNE), Ursofalk 250 mg. caja 100 cap. (N° 219 del Requerimiento FNE) y Salofalk 500 mg. caja 100 comp. (N° 220 del Requerimiento FNE). Adicionalmente, no se contaba con información del precio moda de venta de

Salcobrand para el medicamento Cipramil 20 mg. caja 28 comp. (N° 43 del Requerimiento), por lo que no se pudo realizar este análisis en ese caso;

15.- La información de cotizaciones acompañada por Farmacias Ahumada consta en una planilla en formato Excel, en que se incluyen dos tablas: una denominada "*Encuestas Regulares*", en que se encuentran las cotizaciones con periodicidad estable, y otra llamada "*Encuestas Especiales*", en que consta la información de las cotizaciones realizadas en otros días y que coinciden plenamente con los días exactos de alzas de precios, lo que sólo se explica si existió comunicación previa, directa o indirecta, entre las requeridas;

16.- En el caso de Farmacias Ahumada, algunos de los medicamentos en cuestión no formaban parte del conjunto de medicamentos que se cotizaba regularmente por la compañía, y sólo se encuentra registro de sus cotizaciones en las "*Encuestas Especiales*". Este es el caso de los siguientes 18 medicamentos: Hipolixan 10 mg. caja 30 comp. (N° 47 del Requerimiento), Aratan-D caja 30 comp. (N° 74 del Requerimiento), Emezol 40 mg. 30 caps. (N° 84 del Requerimiento), Aldrox 70 mg. caja 10 comp. rec. (N° 101 del Requerimiento), Hipolixan 20 mg. caja 30 comp. (N° 105 del Requerimiento), Venastat 290 mg. caja 30 cap. (N° 115

Requerimiento), Prodel 4 mg. caja 20 comp. (N° 133
 Requerimiento), Maltofer jbe. fco. 100 ml. (N° 137
 Requerimiento), Conti-Marvelon 20 caja 28 comp. rec. (N° 138
 Requerimiento), D-Histaplus 5 mg. 30 comp. (N° 155
 Requerimiento), Anisimol 20 mg. caja 20 comp. (N° 168
 Requerimiento), Tradox 100 mg. caja 30 comp. (N° 172
 Requerimiento), Maltofer Fol caja 30 comp. (N° 177
 Requerimiento), Caduet 10mg/10mg caja 30 comp. rec. (N° 184
 Requerimiento), Hipoloxan 40 mg. caja 30 comp. (N° 187
 Requerimiento), Neuractin Sr 500 mg. caja 50 comp. (N° 203
 Requerimiento), Dipemina 500 mg. caja 60 comp. (N° 212
 Requerimiento) y Gynostat x 21 comprimidos (N° 214
 Requerimiento). Todos estos medicamentos presentaron alzas,
 por lo que el objetivo de las "Encuestas Especiales"
 realizadas por Farmacias Ahumada era el de monitorear el
 cumplimiento del acuerdo de precios;

17.- La tabla siguiente muestra los distintos tipos de
 alzas observados, del total de las alzas de los 222
 medicamentos individualizados por el requerimiento de autos y
 que coinciden temporalmente con un notorio aumento en la
 intensidad de las cotizaciones por parte de Farmacias Ahumada
 y Cruz Verde. En esta tabla, un "alza 1-2-3" corresponde a un
 caso en que una compañía sube el precio un día, siendo
 seguida por una segunda compañía en un día diferente, y luego

siendo seguida por la tercera cadena de farmacias. Un "alza 1-2" es un caso en que una empresa aumenta el precio de un medicamento un día, y las otras dos empresas suben de precio en un día posterior -pero ambas el mismo día-. Por último, un "alza 2-1" es una en que dos farmacias suben el precio de un medicamento al mismo nivel en el mismo día, y la tercera los sigue en un día posterior;

Tabla

N° de alzas por tipo de alza (entre diciembre de 2007 y marzo de 2008)

Tipo de alza	Orden	N° alzas
1-2-3	SB-FA-CV	125
1-2-3	SB-CV-FA	105
1-2-3	FA-SB-CV	12
1-2-3	FA-CV-SB	7
1-2	FA-SB+CV	13
1-2	SB-FA+CV	15
2-1	CV+SB-FA	4
2-1	SB+FA-CV	4
2-1	FA+CV-SB	1

TOTAL	286
-------	-----

18.- La tabla anterior confirma que en la mayoría de las alzas coordinadas, Salcobrand era quien modificaba el precio en primer lugar, y que el segundo en subir el precio era, en aproximadamente la mitad de las ocasiones, Farmacias Ahumada, y en la otra mitad de las ocasiones, Cruz Verde. Esto, sin perjuicio de observarse patrones diferentes al denominado "1-2-3" en algunas alzas puntuales;

19.- Las circunstancias de que (i) Cruz Verde haya cotizado consistentemente los medicamentos en Salcobrand a partir del día anterior a aquél en que aumentaba el precio de cada uno de ellos; y, que (ii) Farmacias Ahumada haya consistentemente iniciado su patrón de mayor intensidad de cotizaciones justo el mismo día del alza iniciada por Salcobrand, llevan al Tribunal a reforzar su convicción de que es imposible que sea una coincidencia el hecho que las dos cadenas competidoras de Salcobrand decidieran cotizar en esta compañía y luego subir sus precios de forma casi simultánea, en la inmensa mayoría de los casos en que Salcobrand lo hacía. Estos patrones de comportamiento respecto de las cotizaciones de Cruz Verde y de Farmacias Ahumada, evidentemente anómalos y distintos de las políticas normales de monitoreo seguidas en fechas diferentes de

aquellas en las que se verificaron alzas de precios, y su clara correlación temporal con los días de alzas en los precios moda de venta, definitivamente no son consistentes con un escenario de competencia oligopolística, sino únicamente con un escenario colusivo, en el que tanto Cruz Verde como Farmacias Ahumada contaban con información previa sobre el día en que Salcobrand iba a alzar el precio de cada medicamento, para así ser capaces de monitorear dicha alza, para luego replicarla en forma rápida y efectiva. Estos antecedentes, por sí solos, permitirían descartar razonablemente la hipótesis alternativa al acuerdo colusorio. Apreciados en conjunto con la restante y abundante prueba directa de que el acuerdo existió, analizada precedentemente, se puede descartar la hipótesis de interdependencia oligopolística y dar, entonces, por plenamente acreditada la colusión entre las tres más grandes cadenas de farmacias, para subir concertadamente los precios de a lo menos 206 medicamentos y que se produjo a lo menos entre los meses de diciembre de 2007 y marzo de 2008; que dicha colusión tuvo la aptitud causal para restringir gravemente la libre competencia en el mercado relevante y que dicha restricción efectivamente se produjo;

SEPTUAGESIMO TERCERO: Legislación chilena sobre colusión. Las objeciones planteadas por las requeridas al

pronunciamiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia hacen necesario efectuar precisiones mayores para una correcta determinación. En primer lugar respecto de la figura del ilícito de colusión, que se encuentra prevista en el Decreto Ley N° 211 de 1973, normativa que ha sido objeto de modificaciones por el Decreto Ley 1.386 de 1976, Decreto Ley 2.879 de 1979, Decreto Ley 3.057 de 1980, Ley 18.118 de 1982, Ley 19.366 de 1995, Ley 19.610 de 1999, Ley 19.806, de 2002, Ley 19.911 de 2003, Ley 20.088 de 2006 y Ley 20.361 de 2009, norma respecto de la cual se han dictado los textos refundidos fijados por el Decreto Supremo 511 de 1980 y Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía de 2005, con diferentes versiones, siendo la última de ellas de 11 de octubre de 2009. Además, se ha complementado la regulación con la dictación de la Ley 20.169 que sanciona la competencia desleal.

De estas modificaciones resultan atinentes al caso las introducidas por las leyes 19.911, publicada en el Diario Oficial el 14 de noviembre de 1993 y 20.361, publicada en el Diario Oficial el 13 de julio de 2009, por cuanto la conducta investigada y sancionada por el Tribunal se situó entre los meses de diciembre de 2007 y marzo de 2008, por lo que es indispensable precisar la legislación aplicable al caso, que determinará las exigencias legales de la conducta reprimida,

teniendo en cuenta, además, la fecha en que se pronuncia el dictamen, para lo cual se iniciará la referencia al texto original del Decreto Ley 211, de 1973 y luego se indicarán las alteraciones efectuadas a su articulado por los textos legales mencionados.

I.- Decreto Ley N° 211 en su redacción original. En el año 1973 se publica el D. L. N° 211, que establece:

Artículo 1°: "El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención, que tienda a impedir la libre competencia en la producción o en el comercio interno o externo, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados. Con todo, cuando este delito incida en artículos o servicios esenciales, tales como los correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicinas o salud, la pena se aumentará en un grado".

Artículo 2°: "Se considerarán entre otros como hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia, los siguientes:

a) Los que se refieran a la producción, tales como el reparto de cuotas, reducciones o paralizaciones de ellas,

b) Los que se refieran al transporte,

c) Los que se refieran al comercio o distribución, sea mayorista o al detalle, tales como el reparto de cuotas o la asignación de zonas de mercado o de distribución exclusiva,

por una sola persona o entidad, de un mismo artículo de varios productores,

d) Los que se refieran a la determinación de los precios de bienes y servicios, como acuerdos o imposición de los mismos a otros, y

e) En general, cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia".

II.- Ley N° 19.911 de 14 de noviembre de 2003. Este cuerpo legal estableció, en lo que interesa a esta causa:

"Artículo primero.- Introdúcense las siguientes modificaciones al Decreto Ley N° 211, de 1973, que fijó normas para la defensa de la libre competencia, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue establecido mediante el Decreto Supremo N° 511, de 1980, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, y sus modificaciones, en los términos que se señalan a continuación:

1) Sustitúyese el artículo 1°, por el siguiente:

"Artículo 1°.- La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados.

Los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta ley."

2) Sustitúyese el artículo 2º, por el siguiente:

"Artículo 2º.- Corresponderá al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y a la Fiscalía Nacional Económica, en la esfera de sus respectivas atribuciones, dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados."

3) Sustitúyese el artículo 3º, por el siguiente:

"Artículo 3º.- El 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, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 17 K de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran.

b) La explotación abusiva por parte de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un controlador común, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante."

"Artículo 7°.- El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia".

"Artículo 17 K.- La sentencia definitiva será fundada, debiendo enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia. En ella se hará expresa mención de los fundamentos de los votos de minoría, si los hubiere".

"Esta sentencia deberá dictarse dentro del plazo de cuarenta y cinco días, contado desde que el proceso se encuentre en estado de fallo".

"En la sentencia definitiva, el Tribunal podrá adoptar las siguientes medidas:

a) Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley;

b) Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior;

c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales. Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo. En el caso de las multas aplicadas a personas jurídicas, responderán solidariamente del pago de las mismas sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieren participado en la realización del mismo".

"Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente del infractor."

De la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 19.911 es posible extraer las siguientes consideraciones que se relacionan con el caso de autos:

1.- Bien jurídico protegido. En el proyecto y según la tramitación del mismo, el bien jurídico protegido es precisamente la libre competencia, razón por la cual en el artículo 1° se recoge tal planteamiento. "Lo importante de este artículo es que hace explícito que la defensa de la libre competencia no resulta ser un fin en sí misma, sino un medio para preservar el derecho a participar en los mercados, promover la eficiencia y por esa vía el bienestar de los consumidores." (Mensaje pág. 8) No se pretende dar una definición pues ésta debe provenir de la aplicación de la regla de la razón sustentada por la jurisprudencia (Primer Informe Comisión Economía del Senado, pág. 53).

2.- Figura general y enunciación ejemplar de casos. Teniendo en consideración que el artículo 3° recoge, la enunciación general y a vía meramente ejemplar tres figuras tradicionales de actos contrarios a la competencia, la idea es presentar tales figuras de manera general. Tal ejemplificación no constituye tipificación. "Al respecto, se puede decir, por una parte, que toda la experiencia en materia de defensa de la libre competencia, incluida la nuestra (parlamentaria), indica claramente la inconveniencia

de definir cada una de las conductas anticompetitivas, dado que el gran dinamismo de las estrategias comerciales puede dejar rápidamente obsoletas esas definiciones. Por otra parte, los paradigmas presentados en el artículo 3° son evidentemente ejemplares y suficientemente generales, de forma tal que no puede interpretarse como tipos anticompetitivos. De hecho, la idea es que ni estos ejemplos ni otras figuras generales puedan considerarse ilícitas per se; en cada caso, el Tribunal es quien debe resolver, a la luz del objetivo planteado en el artículo 1°." (Primer Informe Comisión Economía del Senado, pág. 54) (Ver páginas 147, 316, 330, 331, 397, 406, 407, 430, 431, 432 y 446)

3.- Incorporación de un elemento subjetivo. Sobre la base de una indicación se discutió la idea de integrar la descripción propuesta como letra a) del inciso segundo del artículo 3° con un elemento subjetivo. "El Honorable Senador señor Novoa reparó en que este planteamiento sería válido (enunciación ejemplar de figuras que atentan contra la libre competencia) respecto de las b) y c), que contienen elementos que pueden entenderse asociados a un atentado contra este bien jurídico, al mencionar la 'explotación abusiva' y las 'prácticas predatorias'. En cambio, por sí sola la fijación de precios de venta o de mercado a que alude la letra a) pueden obedecer a motivos económicos razonables o de buena

administración de la empresa. El solo hecho de que se produzca alguna de estas situaciones no permite suponer que se atenta en contra de la libre competencia, ya que siempre se deberán ponderar otros elementos para llegar a esa conclusión, particularmente, como se plantea en la indicación número 10, un elemento subjetivo, consistente en querer abusar del poder que confieran dichos acuerdos o prácticas.”

“Los señores representantes del Ejecutivo estimaron que la incorporación de elementos subjetivos podría imponer a la Fiscalía una carga probatoria que dificultaría la aplicación de la norma.” (Primer Informe Comisión Economía del Senado, págs. 148 y 149).

Esta proposición, aprobada por el Senado, fue rechazada por la Cámara, repuesta por el Senado y pasó a Comisión Mixta que la aprobó al igual que el Senado y la Cámara de Diputados (Ver págs. 332, 423, 469, 496, 505, 507, 556 y 565).

4.- Despenalización de la colusión. Se le impone a la colusión pena de multa, la que se califica de administrativa, que integra los ilícitos administrativos-económicos (Diputado Saffirio, pág. 396).

5.- Multa. El legislador dispuso criterios especiales para imponer la multa y su monto en el artículo 17 k: beneficio, gravedad y reincidencia.

III.- Ley N° 20.361, de 13 de julio del año 2009. El artículo 3° del D.L. N° 211 es modificado en los siguientes términos:

"Artículo 1°.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973:

1) Modifícase el artículo 3° en los siguientes términos:

a) En el inciso primero, intercálase, entre las palabras "medidas" y "correctivas", la expresión "preventivas,".

b) Modifícase el inciso segundo en los siguientes términos:

b-1. En su encabezado, intercálase, entre la palabra "competencia" y la coma (,) que le sigue, la frase "o que tienden a producir dichos efectos".

b-2. Sustitúyese la letra a), por la siguiente:

"a) 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.".

b-3. Sustitúyese en la letra b) la frase "de una empresa o conjunto de empresas que tengan un controlador común" por los términos "de un agente económico, o un conjunto de ellos".

Con tales cambios queda el texto en los siguientes términos:

"Artículo 3: "El 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, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas **preventivas**, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso."

"Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o **que tienden a producir dichos efectos**, los siguientes:"

"a) 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.”

“b) La explotación abusiva por parte de un agente económico o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a la venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.”

“c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.”

De acuerdo a la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 20.361, el Primer Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados deja constancia de la participación de diferentes especialistas, algunos de quienes indican que faltarían en el proyecto disposiciones que declarararan ilegales por el solo hecho de existir a los acuerdos de precio y cartelización, entre otras (ver páginas 139 y 140). Sobre la base de la discusión, el Ejecutivo presentó una indicación para modificar el artículo 3°, buscando, “en primer lugar, sancionar como un acto contrario a la libre competencia cualquier hecho que produzca daño o que haya tenido por objeto producirlo, atendiendo, en el primer caso, al resultado, prescindiendo de la intencionalidad, y, en el segundo, a la intención, sin

considerar el resultado." (pág. 142). En la discusión en Sala, el diputado Gonzalo Arenas sostiene que esta materia "tiene una importancia clave porque estamos tratando de dejar fuera el elemento subjetivo, la obligación de probar una colusión ya sea tácita o expresa y, por tanto, estamos condenando resultados, efectos, independientemente si existe voluntad o no de producir un ilícito a la libre competencia. Si eso ya es complicado en un ilícito que establece un tipo penal amplio - por decirlo de alguna forma -, nos parece aún más grave en ejemplos que lo amplían aún más y, por tanto, que pueda haber agentes del mercado que sean sancionados por atentar contra la libre competencia sin tener siquiera la voluntad o conocimiento de lo que están haciendo" (pág. 209). En este mismo sentido el diputado Eluchans señala que con la modificación "se pretende que el Tribunal no sólo sancione las conductas que tengan por objeto impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, sino también las que tengan por efecto, impedir, restringir o entorpecer la libre competencia. Esta modificación nos parece jurídicamente grave y peligrosa. En nuestro sistema jurídico, los tribunales de justicia y todos aquellos que tengan facultades jurisdiccionales, pueden ejercer su competencia en función de la responsabilidad subjetiva de una determinada persona. En este caso, se introduce una disposición que no está de

acuerdo, sino muy excepcionalmente, con nuestro sistema jurídico y que, en definitiva, sanciona conductas en función de su resultado”, agregando más adelante que “la disposición vigente contiene una frase que no se ha tenido presente en esta oportunidad, que dice: “... que tienda a producir dichos efectos ...”. Por lo tanto, si el artículo 3° establece sanciones para quien ejecute o celebre cualquier acto que tenga por objeto impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, quiere decir que el tribunal ya tiene amplias facultades, que es lo que se pretendía mediante esta modificación” (páginas 222 y 223).

Al discutir en Sala, el Senado, escucha el informe del senador Hoffmann, quien, describiendo los objetivos principales del proyecto, expresa que ellos corresponden a: “Establecer que las conductas anticompetitivas pueden tener también por efecto el impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, de manera que no se requerirá demostrar su intencionalidad” (página 287).

Antes de iniciar la discusión particular del proyecto, la Comisión escuchó la exposición del Fiscal Nacional Económico, quien manifestó que existen diferentes recomendaciones que es deseable cumplir para ingresar a la OECD, entre las que señala: “Una mejor tipificación de

conductas. En el artículo 3° referente a conductas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, y lograr coherencia entre ambos incisos del artículo 3°. Este es un tema que causó bastante discusión en el primer trámite constitucional, el proyecto busca incluir la palabra efecto en las letras a) y c) del artículo 3° porque las infracciones a la libre competencia son de daño y de resultado. No solamente deben ser sancionadas las conductas que tienen por objeto impedir la libre competencia, sino que también las que tienen por efecto impedir las. El señor Fiscal aclara en este punto que esto no se traduce en consagrar la responsabilidad objetiva; la responsabilidad en materia infraccional siempre es subjetiva, se trata que los delitos o infracciones a la libre competencia son de daño o de peligro.” (pág. 313)

Se avanza en la discusión (ver pág. 319, 321 y 322), consignándose en el Segundo Informe de la Comisión de Economía del Senado: “En una nueva sesión que la Comisión celebró para estudiar este proyecto, analizó una nueva redacción de la letra a), que dejaría establecido que se refiere a los denominados ‘carteles duros’. El acuerdo que celebren estos competidores debe conferirles el poder para abusar en el mercado, de otro modo no debiera ser sancionable; por ello se incorpora la frase respectiva. Los

acuerdos deben consistir en las conductas que allí se establecen.”

“La exigencia de poder de mercado habrá que analizarla en cada caso, en su especialidad. Deberá analizarse esas conductas bajo la regla de la razón, necesariamente.”

“El poder de mercado alude a la capacidad de este conjunto de competidores de fijar condiciones de comercialización, de manera independiente al resto, con la posibilidad de abusar. Es importante distinguirlo del poder de negociación.”

“El referido texto es el siguiente:”

“a) 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 licitatorios.” (pág. 323).

Con depuraciones en la puntuación será éste el texto aprobado por el Parlamento.

SEPTUAGESIMO CUARTO: Norma aplicable a los hechos objeto del requerimiento. Es aplicable a los hechos materia de autos, la legislación vigente durante los meses de diciembre de 2007, enero, febrero y marzo de 2008, que corresponde al

artículo 3° del Decreto Ley N° 211, conforme al texto que regía en la época indicada, por cuanto es la fecha en que se sostiene por el requerimiento se realizaron las conductas reprochadas, conforme a las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.911, de 14 de noviembre de 2003, pero sin tener presente las alteraciones dispuestas por la Ley N° 20.263, de 13 de julio de 2009, esto es:

"Artículo 3°.- El 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, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 17 K de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran.

b) La explotación abusiva por parte de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un controlador común, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante."

Resulta indudable el carácter económico de la legislación y que entre sus objetivos se encuentra la regulación y cautela de la libre competencia, como de un modo más general la pureza del orden público económico del país. Es así como el Constituyente ha desarrollado una especial profundización de las normas que integran este marco regulatorio, tanto al desarrollar la competencia del Estado, cuanto al referirse a las garantías individuales. El artículo primero inciso primero de la Carta Política dispone: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos", de esta forma libertad, igualdad y dignidad, además de la vida misma, son las principales garantías y derechos, consustanciales a todo individuo para desarrollarse en sociedad, conforme a la mayor realización espiritual y material posible, propendiendo siempre al bien común, para lo

cual la autoridad respetará el principio de subsidiaridad, sin dejar de atender a las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Diferentes normas constitucionales desarrollan lo que se ha denominado la "Constitución Económica", que busca precisar y resguardar a las personas su derecho a planificar, desarrollar y ejecutar sus proyectos de vida personal y de realización material, para concretar y llevar adelante su capacidad de emprendimiento. Los artículos 1°, 3°, 8°, 19 N° 2, 21, 22, 23, 24, 25 y 26; 20, 21, 38 y 108 de la Constitución Política de la República dar origen a un abanico de disposiciones en que las personas encuentran seguridad en los enunciados anteriores.

El derecho civil y especialmente en los contratos, se rige por el principio base de la autonomía de la voluntad, según el cual las personas pueden concluir todos los actos y convenciones que no estén expresamente prohibidos por las leyes, dando origen a otros principios: **A)** Libertad contractual, que se descompone en: **1)** Libertad de conclusión, que permite a las partes decidir libremente: **i)** si contrata o no lo hace; **ii)** que tipo de contrato celebra, y **iii)** la contraparte con quien se vincula. **2)** Libertad de configuración interna, por la cual se puede fijar el contenido de la convención y las cláusulas que reflejen en

mejor forma la voluntad de las partes; **B)** Consensualismo, según el cual la oralidad es suficiente para obligar a las personas, por lo que es posible que existan contratos verbales, que se expresan en el aforismo "solus consensus obligat"; **C)** Fuerza obligatoria, se traduce en la metáfora empleada por Bello, en cuanto a que los pactos deben honrarse y cumplirse, puesto que todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes, que se le reconoce bajo el aforismo "pacta sunt servanda"; **D)** Efecto relativo de lo acordado, vinculando sus derechos y obligaciones a quienes son parte en el contrato, sin que se pueda afectar a terceros, a quienes no les empece, surge así el latinismo "res inter alios acta", que se refuerza en la norma antes recordada, en que el contrato es una ley sólo para los contratantes.

En el campo del derecho económico se estructuraron las nociones de orden público económico, libre competencia y competencia desleal, en que se asocia la libre competencia con el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, por consignar el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, al cual se unen la reserva legal en materia de regulación económica, igualdad ante la ley, ante la justicia y ante las cargas tributarias, proscribiendo cualquier discriminación, que comprende la de igualdad de

trato económico que debe entregarle el Estado y sus órganos, la libre apropiación de los bienes, la consagración del derecho de propiedad en las distintas especies que contempla la Constitución y ciertamente la garantía de las garantías, esto es, la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Conjuntamente con lo anterior debe considerarse la estructura económica basada en la autoridad reguladora del Banco Central, para luego desarrollar toda una institucionalidad en materia de orden público económico, sustentado en un conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución (José Luis Cea Egaña) o "la recta disposición de los diferentes elementos sociales que integran la comunidad - públicos y privados - en su dimensión económica, de la manera que la colectividad estime valiosa para la obtención de su mejor desempeño en la satisfacción de las necesidades materiales del hombre" (V. Avilés Hernández, citado por

Sebastian Vollmer, Derechos Fundamentales y Colusión, Universidad de Chile).

Al respecto resulta pertinente tener en consideración que en la sesión 338 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución se consigna que el señor Guzmán considera válida la proposición del señor Bertelsen en cuanto a incorporar en el capítulo de las garantías constitucionales un precepto que posibilite emprender cualquier actividad económica en el campo empresarial, íntimamente vinculado al derecho de propiedad privada sobre toda clase de bienes con las excepciones que se señalan (...). El señor Guzmán propicia, no obstante la distinción entre las formas individual y asociada, incluir en el artículo la palabra empresa, a su juicio, tipificaría de manera muy nítida que esta garantía como diferente de la relativa de la libertad de trabajo. (...)El señor Carmona aduce que la expresión actividad económica es muy amplia, de manera que comprende la libertad de formar todo tipo de empresas. El señor Guzmán señala que su propósito tal vez podría obtenerse con una redacción que dijese: la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, ya sea en forma individual o asociada, y a través de cualquier tipo "género" de empresas (.....). En síntesis, la primera parte de la disposición queda aprobada en los

siguientes términos: la libertad para desarrollar cualquier actividad económica sea en forma individual o asociada."

Es por ello que respecto de la garantía en referencia el profesor Evans ha señalado que "si la Constitución asegura a todas las personas el derecho a desarrollar libremente cualquier actividad económica, personalmente o en sociedad, organizadas en empresas, en cooperativas o en cualquier otra forma de asociación lícita, con el único requisito de respetar las normas que regulan la respectiva actividad, y con las limitaciones que luego veremos, la obligación de no atentar en contra de la garantía no sólo se extiende al legislador, al Estado y a toda autoridad, sino también a otros particulares que actúan en el ámbito de la economía nacional. Una persona, natural o jurídica, que desarrolla una actividad económica dentro de la ley, sólo puede salir de ella voluntariamente o por ineficiencia empresarial que la lleva al cierre o a la quiebra. Pero es contraria a la libertad, y la vulnera, el empleo por otros empresarios de arbitrios, como pactos, acuerdos, acciones y toda clase de operaciones que tengan por objeto o den o puedan dar como resultado dejar al margen de la vida de los negocios a quien esté cumpliendo legalmente una tarea en la economía del país."

“Por ello existe una legislación protectora de la libre competencia que sanciona esos actos y protege el pleno ejercicio de la libertad que estamos analizando. Es el Decreto Ley 211, de 1973, cuyo texto definitivo lo fijó el Decreto 511 del ministerio de economía Fomento y Reconstrucción, de 27 de octubre de 1980” (Enrique Evans de la Cuadra, Los Derechos Constitucionales, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, págs. 142 y 143).

SEPTUAGESIMO QUINTO: Garantías del derecho administrativo-económico sancionador. En el marco general dado por el orden público económico y de la libre competencia en particular, se discuten los contornos que debe tener el derecho administrativo-económico sancionador, así como el conjunto de normas que contempla y debe respetar.

En efecto, existen principios generales que corresponde tener presente en todo el derecho sancionador y, sin duda, en el que regula la libre competencia, tanto en sus aspectos substanciales o materiales, como en los procesales o adjetivos.

I.- Principios generales:

a.- Separación de funciones: La investigación y la acusación se encargan a una autoridad diversa del juez, quien debe resolver sobre el mérito de la misma. A esto se une que

también desarrolla labores de control de la instrucción de la investigación.

b.- Principio de legalidad: Consiste en el deber que tiene el Estado de perseguir un hecho que reviste carácter ilícito, labor que se encarga a la Fiscalía Nacional Económica

c.- Control judicial. El órgano jurisdiccional debe velar por el respeto de los derechos y garantías de los intervinientes durante todo el proceso, pero indiscutiblemente en las etapas de investigación, en el juicio o procedimiento respectivo, en la sentencia y en la tramitación de los recursos.

d.- Impulso oficial. Quien es el titular de la acción persecutoria de la responsabilidad debe instar por la prosecución del juicio en todas sus etapas.

Es posible que todos los intervinientes ofrezcan y rindan pruebas, lo que no está limitado al juicio propiamente tal, sino que también a la etapa de investigación, incluso puede ofrecer la declaración del requerido como medio probatorio.

e.- Igualdad en la aplicación de la ley. El principio de legalidad trae como consecuencia que las partes deben ser tratadas con igualdad en el ejercicio de sus derechos previstos por la legislación.

f.- Derecho de acción. Ya sea como un derecho público subjetivo o como un derecho de petición específico, consiste en que ante la resistencia en la satisfacción de una pretensión, se tenga el poder de instar por que se investiguen por la autoridad persecutora, la Fiscalía Nacional Económica, las conductas que se estime ilícitas.

g.- Individualización de los intervinientes. Sobre la base del principio de "nemo iudex sine actore", es que el procedimiento se sustancia teniendo en cuenta la identidad conocida de los requeridos.

h.- Debido proceso legal. El concepto de "due process of law", que importa que nadie puede ser condenado a satisfacer una pretensión o sanción, ya sea en materia penal, civil, contravencional, administrativa, disciplinaria o de cualquier naturaleza, si no en virtud de un proceso previo legalmente tramitado.

i.- Notificación del requerimiento materia de la acción. Con el objeto que se planifique la defensa se deben poner en conocimiento del requerido los hechos que lo constituyen.

j.- Emplazamiento del requerido. Los cargos deben concretarse y ponerse en conocimiento del imputado, con el objeto que proceda a contestarlos, para lo cual se concede un plazo razonable. Así se explica que el requerimiento deba

considerar los aspectos de hecho y que éste guarde vinculación con el pronunciamiento del tribunal.

k.- Principio contradictorio. Los requeridos deben ser oídos en sus planteamientos, en todas las etapas del juicio en que se decidan aspectos del juicio que les puedan afectar, como también en relación a lo sostenido por los demás requeridos.

l.- Juez natural. Existe un juez que es el naturalmente competente que debe conocer del juicio, al cual debe recurrirse para la resolución del caso, no ante cualquier magistrado, sino aquel que conforme a reglas objetivas corresponde se haga cargo del proceso. Ante la creación de la judicatura especializada sobre libre competencia, son el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y esta Corte Suprema, los que por la vía de los recursos legales, componen la estructura orgánica prevista por el legislador para conocer de la materia.

m.- Tribunal preconstituido. El tribunal, según la doctrina mayoritaria, debe estar constituido con anterioridad al inicio del juicio, para evitar las comisiones especiales o tribunales ad-hoc, pero se escuchan voces que señalan que resulta de mayor relevancia que lo esté antes de ocurrir el hecho. Sin perjuicio que diferentes tribunales conozcan de

los hechos conforme a la diversidad de ordenamientos jurídicos que traten la materia.

n.- Unico tribunal. Tiene por objeto evitar los juicios paralelos. Ante un hecho, un tribunal, sin perjuicio de las acumulaciones, desacumulaciones o investigaciones sucesivas a diversos requeridos, las que, en lo posible deberán tener presente la unidad y continencia de la materia a abordar.

ñ.- Tribunal inamovible. Determinado el tribunal que debe conocer de un hecho e iniciada la vista de la causa, corresponde que lo prosiga hasta su conclusión: Diversa es la circunstancia de la instrucción que no radica, como tampoco fija inamoviblemente la figura personal del juez.

o.- Tribunal objetivamente Independiente. Garantía referida al ámbito extra orgánico, de autoridades o personas extrañas al Tribunal especializado. Esta independencia también está referida a las interferencias intra orgánicas, que importa que ningún juez puede verse afectado en sus decisiones por otros medios que no sean sobre la base del ejercicio de los recursos legales. La integra además una independencia burocrática, en el sentido que se le proporcione lo necesario para el cumplimiento de sus funciones.

p.- Tribunal subjetivamente imparcial. Que no le afecten inhabilidades, sea por vía de implicancia, recusación u otras de carácter subjetivo.

q.- Tribunal moralmente íntegro. Como todas las personas el juez puede estar expuesto a conductas que se aparten del decoro exigido a un hombre común, por lo que en él la sociedad debe advertir que encarna los valores que sustenta ella misma.

r.- Tribunal funcionalmente eficiente. Al recurrir a la justicia se busca una protección judicial efectiva, una justicia material, por lo que el magistrado debe ser eficiente en la aplicación de la ley, instando para satisfacer las pretensiones en un plazo razonable.

s.- Tribunal legal y doctrinariamente capacitado. Conforme a la aplicación del principio general de responsabilidad y, en particular, por tratarse de una jurisdicción especializada, como por requerir que los fallos tengan un contenido referido al derecho y teorías económicas, los jueces deben conocer y manejar las fuentes legislativas y los sustentos doctrinarios que las determinan.

II.- Principios especiales aplicables al procedimiento.

a.- Ininvocabilidad. No se posible esgrimir ninguna norma para restringir o desconocer los derechos, las limitaciones deben estar expresamente consignadas por el

ordenamiento jurídico, sin que sea posible deducirlas mediante interpretación.

b.- Racionalidad. Se excluye la voluntad desnuda del tribunal, debe estar siempre justificada en la ley y/o los antecedentes del juicio.

c.- Decisión fundada. Es un derecho de los intervinientes conocer las razones que tiene el tribunal para decidir. Al respecto puede decirse que es de las más antiguas tradiciones castellanas, la que fue derogada por Carlos III, pero repuesta en nuestro país por la Ley de 2 de febrero de 1837. El fundamento es la circunstancia que legitima la respuesta del órgano jurisdiccional.

d.- Justo. En el procedimiento se debe buscar la legitimidad de los fundamentos y sobre este antecedente se establece el equilibrio, no sobre la influencia que puedan tener las partes en el tribunal.

e.- Igualitario. Por regla general se excluyen los fueros personales o materiales, con lo que se trata de evitar discriminaciones.

f.- Previo. Indudablemente la sentencia debe estar antecedida de un procedimiento que materialmente reciba la calificación legítima de juicio.

g.- Principio de la revisión de la decisión. Se debe permitir que la decisión condenatoria pueda ser revisada por

un tribunal superior, aspecto que se ha desarrollado con motivo del sistema de recursos.

h.- Plazo razonable. "En la Magna Charta Lebertatum de 1215 el rey inglés se comprometía a no denegar ni retardar derecho y justicia. En el mismo siglo, Alfonso X, El Sabio, mandaba, en consonancia con la fuente romano-justiniana de sus Siete Partidas, que ningún juicio penal pudiera durar más de dos años" (Daniel R. Pastor. El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho, pág. 49). La Corte Europea de Derechos Humanos, seguida en nuestra América, precisó que se deben tomar en consideración para determinar la razonabilidad del plazo tres elementos: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales (Repertorio de jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, página 233).

i.- Derecho a la defensa. Comprende la posibilidad de ser oído, generalmente asociado a formular alegaciones, rendir pruebas, interponer recursos y se le otorguen verdaderas posibilidades de que pueda ejercer tales actividades, en condiciones de igualdad todas las partes del procedimiento.

j.- Intervención de letrado. Es lo que se denomina la defensa técnica, que está basada en la confianza en el

abogado particular elegido o que debe otorgar el Estado, en subsidio.

k.- Presunción de inocencia del imputado. Se busca que durante el procedimiento y en la determinación del Tribunal no se presuma la culpabilidad.

l.- Autorización judicial previa si las medidas afectan derechos, entre las que pueden encontrarse las cautelares, con la posibilidad cierta de discutir respecto de ellas. Las medidas cautelares o probatorias que puedan afectar a las personas en sus derechos deben ser dispuestas con autorización judicial previa, pues el juez es el tercero que está para garantizar la ecuanimidad en el juicio, el cual constatará que sea de las previstas por la ley y exista mérito suficiente para disponerlas.

m.- Unica persecución o Non bis in idem. No es posible iniciar más de un procedimiento respecto de una misma conducta investigada y sometida a un procedimiento sancionatorio.

n.- Unidad de la investigación. Como consecuencia de la única persecución no es posible que exista duplicidad de investigaciones por los mismos hechos.

ñ.- Sistema desformalizado. El procedimiento debe ser comprensivo para todas las personas, por lo que corresponde

que se privilegien y resguarden los principios y no las formas dispuestas por el legislador.

o.- No procede la autoincriminación impuesta. Es el imputado quien tiene la posibilidad de decidir libremente si declara en el proceso, ya sea en la investigación o como medio de prueba en el juicio.

p.- Convicción condenatoria. El tribunal mantiene la obligación de adquirir la convicción de la existencia del ilícito, como de la culpabilidad del imputado para poder condenarle, pero, además, según se ha visto, de exponer a las partes sus fundamentos.

q.- Ponderación de la prueba. El tribunal ponderará y resolverá la admisibilidad, producción, valoración individual y comparativa de la prueba, al establecer los hechos de la causa.

III.- Principios derivados de un procedimiento contradictorio.

a.- Igualitario. Tiene por objeto concretar la igualdad de armas; rendimiento de pruebas y contradecir las de la contra parte.

b.- Público. Se permita el libre acceso de los ciudadanos al proceso para legitimar la respuesta del órgano jurisdiccional.

c.- Escrito en sus registros, permitiendo alegaciones orales antes de resolver. El medio de comunicación que se emplea en el juicio es la escrituración para dar certeza y confianza, sin perjuicio de las alegaciones orales que debe recibir el tribunal que resolverá el caso.

d.- Propender a la mediación. El tribunal debe estar presente en todas las diligencias del juicio que el legislador disponga.

e.- Continuidad. Se pretende que el juicio sea una unidad, que no se desarrolle en audiencias diversas, pero de ser necesario debe seguirse en las fechas más próximas, especialmente al recibir las alegaciones orales.

f.- Concentración. El juicio se debe desarrollar ante un tribunal a quien se le presentan los escritos que constituyen la discusión y se ofrecen y rinden las pruebas, sin una individualización física de los jueces, la que se requiere para la decisión, en cuanto a quienes ingresan al conocimiento de la causa, sean los mismos que resuelven el caso.

g.- Acceso a toda la información del juicio. Las partes y especialmente los requeridos deben tener la posibilidad de conocer todos los aspectos de la investigación y de la prueba aportada al juicio, como de las discusiones sobre temas

accesorios durante el juicio, salvo excepciones legales expresas.

h.- Comunicación de los cargos. Específicamente con la presentación del requerimiento.

i.- Comunicación de las resoluciones que afecten a las partes. Dentro del derecho de defensa está la comunicación de las decisiones del tribunal que puedan afectar los intereses de los requeridos.

j.- Prohibición de imponer ciertas sanciones. No está permitida la confiscación de bienes o la pérdida de derechos provisionales como sanción (art. 19 N° 7, letras g) y h) de la Constitución Política de la República), sin perjuicio del comiso.

IV.- Derechos sustantivos.

a.- Reserva legal atemperada (Fuente legal). Toda persona tiene derecho a ser sancionada por la conducta que está previamente descrita en su núcleo fundamental en la fuente del derecho constituida por la ley, pudiendo ser desarrollada en sus elementos accidentales por una de rango inferior, el reglamento.

b.- Tipicidad o descripción de la conducta sancionada. La Conducta que se describe en la ley es la que marca la tipicidad, la cual es preciso que esté descrita por el

legislador en forma previa a la realización del hecho en lo que constituye el núcleo esencial del injusto.

c.- Reglamentación objetiva de la sanción. La ley no puede tener en consideración aspectos personales del individuo que delinque en la descripción de la conducta que se sanciona. Sin perjuicio que circunstancias consustanciales a quien ejecuta la acción, puedan tener incidencia en la penalidad.

d.- Culpabilidad. El factor de imputación en la conducta del requerido debe ser establecido en relación con el hecho que se persigue y por el cual se le condena. La culpabilidad es el reproche normativo que se hace a una persona porque ésta debió haber actuado de modo distinto a como lo hizo. En materia de sanciones por infracciones administrativas puede decirse que la culpabilidad es la relación psicológica de causalidad entre la acción imputable y la infracción de disposiciones administrativas

e.- Irretroactividad de la ley penal desfavorable al imputado. La ley penal no opera de manera retroactiva. Sin embargo, en aquello que beneficie al imputado debe ser considerada.

f.- Determinación normativa de la responsabilidad. La parte general debe ser tenida en consideración al reglamentar

la parte especial, sin que sea lícito desconocerla sin fundamento racional.

g.- Coherencia sistémica de las normas. Las disposiciones legales de carácter sancionatorio deben conjugar los diferentes intereses de manera congruente y armónica.

h.- Inderogabilidad singular de la normativa general. Equivale al principio del derecho público de inderogabilidad singular del reglamento. De este modo el legislador, pero especialmente en la potestad reglamentaria, no podrá dejar de considerar tales normativas respecto de las figuras específicas, si las ha dispuesto para la generalidad de ellas.

i.- Prohibición de establecer presunciones de derecho de la responsabilidad. El derecho a que los cargos le sean probados y a probar los descargos es consustancial a todo proceso jurisdiccional.

j.- Lesividad. Está constituida por la exigencia que las conductas sancionadas deben afectar real y efectivamente un bien jurídico relevante que la sociedad protege, por lo menos deben generar un riesgo concreto o abstracto (Graciela Muñoz Tapia, Causales del Recurso de Nulidad, Universidad Andrés Bello).

SEPTUAGESIMO SEXTO: El Decreto Ley 211 en el tiempo.

Para graficar la forma en que debe enfrentarse la interpretación y aplicación de las normas penales en general y las sancionatorias en particular, se pueden traer a colación las enseñanzas de Hans Kelsen, quien expresa que las personas que incurren en las conductas reprochadas por el ordenamiento jurídico no las violan, como tampoco las transgreden, "las cumplen", satisfacen sus presupuestos y es por ello que tales actuaciones deben encuadrarse en la determinación legislativa. A lo anterior se suma el hecho que, si y sólo si se satisfacen los presupuestos de la conducta descrita y sancionada por la norma se incurre en la antijuricidad que ella plasma. Es por tal motivo que corresponde determinar como primera labor el derecho aplicable a los hechos, que, en principio, corresponde al vigente a la fecha en que fueron ejecutados.

En el derecho sancionador en materia de libre competencia, no hay modificación al principio general, esto es la ley que rige los hechos es la vigente a la fecha de su comisión, a saber, el artículo 3° del D. L. 211 en la redacción dispuesta por la Ley N° 19.911. La legislación posterior a la fecha en que ocurrieron los hechos podrá regir los sucesos anteriores, en cuanto sus disposiciones sean más favorables al imputado, es por ello que, también en

principio, las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.361 al D. L. 211 no rige la situación de autos, pues los hechos ocurrieron con anterioridad, salvo que esta nueva legislación sea más favorable a los imputados.

Anexo al principio penal y teniendo presente la garantía fundamental de irretroactividad de la ley sancionatoria en general y de la penal en particular, surge el tema de la ultra actividad de la ley que impone sanciones, relativa a la vigencia de la misma no obstante su sustitución o modificación, efecto que puede ser expresamente dispuesto por el legislador (ver las distintas modificaciones a la ley que sanciona el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas) o inferirse de la legislación vigente y los términos de su modificación (delitos sexuales Código Penal).

En efecto, tanto el texto del Decreto Ley 211, con anterioridad a la vigencia de la Ley 19.911, como el dado a partir de ella, concuerdan en los elementos esenciales que describen la conducta que sancionan. Sin embargo, no es a esa comparación a la que debe conducir la actividad interpretativa del tribunal, puesto que la ley indicada fue publicada el 14 de noviembre de 2003, entrando en vigencia 90 días después. Resulta relevante considerar que la Ley 20.361, que introduce modificaciones al mismo Decreto Ley 211, en cuanto modifica el artículo 3°, entró en vigencia en la fecha

de su publicación, el 13 de julio de 2009, sin que la norma primera transitoria guarde relación con el mencionado artículo 3°. Es así como la labor de este tribunal debe detenerse en observar y aplicar los principios que se desprenden de esta última modificación legal a la norma llamada a regir los hechos materia del requerimiento.

Es en lo pertinente a lo que podría ser la ultra actividad del texto del artículo 3° del Decreto Ley 211 fijado por la Ley 19.911 o la retroactividad de la modificación introducida a la misma norma por la Ley 20.361, en donde debe emitirse una determinación. Para resolver lo anterior resulta pertinente señalar que existe plena coincidencia en los elementos de la descripción legal de ambos textos, incorporando mayores especificidades la última de las disposiciones. La simple determinación que las reformas introducidas por esta última ley no son aplicables a los hechos materia del requerimiento, podría zanjar el tema o, igualmente, que no se aplicará la norma en la redacción fijada por ella y de esa forma se podría evitar todo examen posterior. Sin embargo, la comparación entre los textos deja en evidencia lo siguiente:

Art. 3° D. L. 211 (Texto Ley 19.911)	Art. 3° D. L. 211 (Texto Ley 20.361)
---	---

Conducta principal	Conducta principal
Sujeto activo: El que	Sujeto activo: El que
Participación: individual o colectivamente	Participación: individual o colectivamente
Verbo Rector: ejecute o celebre	Verbo Rector: ejecute o celebre
Acción: Cualquier hecho, acto o convención	Acción: Cualquier hecho, acto o convención
Elemento subjetivo: que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia o que tienda a producir dichos efectos	Elemento subjetivo: que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia o que tienda a producir dichos efectos
Sanción: será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 17 K de la presente ley	Sanción: será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley
Competencia adicional del tribunal:	Competencia adicional del Tribunal:

sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas ... que puedan disponerse en cada caso	sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas ... que puedan disponerse en cada caso
Acciones afectadas: respecto de dichos hechos, actos o convenciones	Acciones afectadas: respecto de dichos hechos, actos o convenciones
Bien jurídico protegido: Libre competencia	Bien jurídico protegido: Libre competencia

De esta comparación se podría deducir en una primera lectura, sin duda restrictiva y equivocada, que el tribunal no dispondría de una competencia preventiva para adoptar medidas respecto de las requeridas, por ser una competencia atribuida con posterioridad a los hechos, sin embargo, lo correcto es aplicar los principios del Derecho Público, en cuanto a que, en lo que dice relación con la competencia de los tribunales, como todas las normas procesales, rigen in actum, de forma tal que integran las facultades del juez al momento de discernir la controversia. Esta consecuencia se extrae por cuanto la competencia del tribunal, respecto de

las medidas que puede adoptar no son normas sustanciales, sino procesales.

Teniendo presente la especial naturaleza del derecho económico sancionador, el cual no se rige precisamente por iguales normas que el derecho penal, puesto que según ha tenido oportunidad de expresarlo este Tribunal Supremo, tales principios están adecuados o atemperados por las particularidades de otras ramas del derecho, propendiendo, en la mayor medida posible su vigencia en estas últimas, las que se ven morigeradas, en tanto no se afecten las garantías fundamentales.

Respecto de la norma del artículo 3° del Decreto Ley 211, el legislador, luego de describir con detalle la conducta que sanciona, entrega criterios orientadores de aquello que puede ser considerado atentatorio a la libre competencia, sin que tales regulaciones limiten o restrinjan el tipo general. Este mayor desarrollo pretende cooperar con la labor del tribunal, pues tiene por objeto describir conductas y entregar criterios interpretativos que el mismo legislador señala expresamente, con el objeto de precisar su tipicidad, pero fundamentalmente su antijuricidad. Es por lo anterior que, como se ha dicho, con un carácter enunciativo, se señalan conductas atentatorias a la libre competencia. Es en este aspecto en donde se observa una mayor diferencia

entre los textos legales, pero que no afectan el núcleo esencial del injusto de la conducta sancionada, la cual fue descrita en el inciso primero del artículo 3° y con ciertas particularidades específicas en las diferentes letras del inciso segundo. En todo caso, ambas redacciones de la letra a) del inciso segundo del artículo 3° comprenden en el objeto de los acuerdos y como conducta ilícita la fijación de precios de venta.

La ultraactividad de la ley sancionatoria requiere que se mantengan los elementos esenciales, como el fundamento de la norma, esto es el bien jurídico protegido o título de la incriminación, circunstancias que se cumplen en la especie. Es más, la consecuencia que traería una redacción diversa de las normas es una ampliación de los casos en que se puede aplicar la disposición, pero, como se ha indicado, tal circunstancia no concurre en la situación de autos. Es así como, en el evento que no pueda aplicarse la figura específica de la letra a) del inciso segundo, se vuelve a la descripción general del inciso primero, la cual comprende, sin duda, la fijación de precios. Con ello se quiere destacar que, en ningún caso, por este hecho la conducta quedaría sin sanción, como también que, los cambios en la legislación aplicable, no tiene incidencia en el quantum de la pena.

Este predicamento ya ha sido desarrollado por la doctrina y por la jurisprudencia, incluso en materia penal. En la intervención del profesor don Antonio Bascuñán Rodríguez, en el órgano legislativo, a propósito de la dictación de la Ley N° 19.617, cuando se hace cargo de la inquietud que había surgido en cuanto a la posible invocación del mandato constitucional de aplicación retroactiva benéfica tratándose de aquellos casos en que el proyecto, por diversas razones, cambia su fundamento legal de punibilidad. El profesor apuntó que la pregunta, en el fondo, era la siguiente: ¿implica el cambio de título de incriminación, asociado a la derogación del título previo, la impunidad de las conductas cometidas bajo la vigencia del título derogado? Al respecto opinó que, desde el punto de vista del Derecho penal sustantivo, la respuesta correcta a la interrogante anterior es la negativa. Sostuvo, sobre el particular: "en aquellos casos en que la hipótesis legal se mantiene en vigor, pero cambia de ubicación en el articulado del Código, como lo son, por ejemplo, las hipótesis de coito anal homosexual cometido mediante violencia o amenaza grave -hoy sodomía calificada (artículo 365), en el proyecto, violación (artículo 361)-, o de coito anal heterosexual -hoy mayoritariamente considerado abuso deshonesto (artículo 366), en el proyecto violación (artículo 361)- la modificación no

tiene en sí misma considerada mayor efecto sobre la punibilidad de la conducta. Cambia la denominación del delito -de "sodomía" o "abusos deshonestos" a "violación"- y el número del artículo respectivo, pero en ningún caso el carácter punible de la conducta. A la misma conclusión anterior debe llegarse en aquellos casos en que, si bien la hipótesis no se mantiene con su identidad específica, el supuesto de hecho que le corresponde se encuentra comprendido sin embargo en una hipótesis más genérica. Tal es el caso del delito de rapto (que el proyecto deroga), en relación con los delitos de privación de libertad (artículo 141), secuestro (artículo 142) e inducción al abandono de hogar (artículo 357), y de los delitos de violación, sodomía y abusos deshonestos cometidos contra personas púberes mediante amenaza menos grave (que el proyecto excluye del ámbito de estos delitos), en relación con el delito de amenazas condicionales (artículos 296 N°s. 1 y 2 y 297). La razón en estos casos se encuentra en que el título especial o preferente de incriminación simplemente prima sobre el título general o subsidiario, pero en ningún caso elimina su aplicabilidad en abstracto a la conducta en cuestión.

También se consignó en las actas la opinión de los juristas Cury y Garrido, quienes señalaron que la doctrina penal más o menos permanente y aceptada en nuestro país es

que, cuando una ley ha sido derogada, manteniendo, en substancia, la materialidad del tipo, en su aspecto objetivo y subjetivo, aunque tenga una terminología distinta, se aplica esa disposición en concordancia con el artículo 18 del Código Penal, dado que la figura, como delito, se ha respetado, manteniéndose el criterio de la continuidad del ordenamiento jurídico en cuanto a considerar el hecho como delito.

En consecuencia, si en una ley se describía un hecho y una ley posterior la deroga, pero describe ese mismo hecho, desde el punto de vista del derecho positivo, aparece como indiscutible que ese hecho es mantenido y se le aplicará la antigua o la nueva ley, según cuál sea más benigna. Se consignó en las actas que históricamente, en los tribunales siempre se ha respetado la continuidad y, si hay un caso de excepción, como lo ha habido, sería aislado. Cuando la nueva ley contiene tipos que son substancialmente iguales, se mantiene la continuidad, aunque la forma o redacción pueda experimentar ligeras modificaciones. Si la nueva ley contiene modificaciones substanciales, pero que implican ampliar el campo de las conductas punibles, es claro que los sujetos que están siendo procesados sólo podrán ser castigados si sus conductas se adecuan a la antigua ley, es decir, a la que era más restringida y no podrán, en cambio, ser castigados por

conductas comprendidas por el nuevo tipo, pero que el antiguo no abarcaba. Esto, por aplicación del principio de la ley más favorable. El propósito que se pretende por la Constitución Política de la República y por los principios que rigen el Derecho Penal es evitar que el ciudadano sea sorprendido, declarándose, con posterioridad a la ejecución del hecho, que en el momento en que lo realizó era impune, que ahora puede ser castigado. Pero, si de acuerdo con la antigua ley, él ya podía ser castigado por el hecho y la nueva ley se refiere a ese mismo hecho, entonces nada ha cambiado, sin que se pueda admitir otra interpretación sobre el particular.

Sin embargo, respecto de la hipótesis, la figura general prevista en el inciso primero, del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, en una comparación con las del inciso segundo es posible observar cierta falta de armonía, por lo que es preciso determinar y precisar la correcta interpretación de ellas, puesto que, según se ha indicado, la norma marco y principal la entrega el inciso primero y las previstas en el inciso segundo tienden a desarrollarla, constituyendo criterios que buscan cooperar con la magistratura para hacer más eficaz la aplicación de la legislación, de forma tal que corresponde determinar el sentido y alcance en que exista la mayor coincidencia entre ellas.

El primer aspecto en que se advierte cierta contradicción es respecto de la pertinencia de la figura sancionada por el resultado y hasta de peligro abstracto que contempla el inciso primero, al hacer referencia que la conducta desplegada por el agente "impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos". En cambio, las conductas regladas en el inciso segundo no hacen alusión a la posibilidad de sancionar las figuras de peligro abstracto. En este sentido el juez de la libre competencia podrá discernir, si el comportamiento lo encuadra en la figura general del inciso primero- que abarca la conducta de peligro abstracto y si lo hace por las del inciso segundo, restringirá su actividad a aquellas que produzcan los efectos que la disposición indica, puesto que ha de buscarse la interpretación que otorgue sentido a ambas disposiciones en su aplicación, dado que emanando de un mismo autor, no es posible que existan contradicciones entre ambas, menos en un mismo artículo y que las segundas desplacen la posibilidad de aplicar la norma a figuras de peligro, esto es a conductas que tiendan a afectar la libre competencia, sin que necesariamente se concreten. Tal determinación encuentra sentido, además, en la modificación expresa dispuesta por el legislador mediante la Ley 20.361, que en el enunciado del inciso segundo señala expresamente, que deberán considerarse

"entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o **que tienden a producir dichos efectos**, los siguientes:", conforme a lo cual, con posterioridad a la mencionada reforma todas las conductas reguladas por el inciso segundo del artículo 3°, es posible de entenderlas comprensivas de un peligro abstracto.

Este tema se relaciona con dos materias: a) La necesidad de determinar el abuso de la posición de mercado, y b) La aplicación per se o por la regla de la razón de las sanciones administrativo-económicas. Abordar el primero de esos temas relaciona la revisión con la necesidad de determinar el poder del agente económico en el mercado y el abuso que hace de este poder con motivo de desplegar la conducta descrita en la norma, circunstancia que surge por las exigencias que disponen las figuras contempladas en el inciso segundo que hacen referencia expresa al "abuso". La respuesta corresponde a la entregada con anterioridad. Si la conducta se persigue por la figura del inciso primero se podrá prescindir de acreditar esta circunstancia de abuso y si se realiza por las tipificaciones específicas dispuestas en el inciso segundo, corresponde establecerla en el procedimiento. Así el legislador concede amplias facilidades al describir con mayor detalle la conducta en las normas especiales que regula, pero impone acreditar elementos particulares.

Ante una figura de simple peligro, carece de relevancia para su aplicación, precisar la relevancia del mercado particular y simplemente corresponde establecer los contornos del mercado mismo, respecto de lo cual no es posible prescindir. Por último, haciendo aplicación del principio de especialidad, ante una conducta concreta a investigar, es preciso resolver, si ésta se contempla en el inciso segundo y en el evento que no quede descrita en ellas, se debe recurrir al inciso primero. De esta forma, la primera norma a aplicar es la comprensiva de las figuras especiales del inciso segundo y ante la falta de tipificación en ellas, se recurrirá a la prevista en el inciso primero. Sin embargo, la norma del inciso primero en todo caso debe ser tenida en vista, considerada y aplicada por su estrecha relación con las figuras especiales del inciso segundo, puesto que en la descripción del inciso primero se contempla el verbo rector, esto es, ejecutar y celebrar, como también está determinado el bien jurídico protegido.

En efecto, el legislador alude a algunos elementos de la conducta en el inciso segundo, efectuando una enunciación general, en el sentido que "Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:". Luego procede a complementar el inciso primero y tal enunciación

general con acciones concretas ("acuerdos expresos o tácitos o las prácticas concertadas"), aludiendo a sujetos activos calificados ("agentes económicos") y requiriendo la concurrencia de elementos subjetivos de mayor especificidad que los contemplados en el inciso primero ("que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado", como "abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran"). Así la conducta sancionada en la letra a) del artículo 3° del D. L. 211 debe entenderse referida a "los agentes económicos, que ejecuten o celebren hechos, actos, convenciones, acuerdos o prácticas concertadas expresas o tácitas que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran, serán sancionados con las medidas señaladas en el artículo 17 K de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso".

En tales términos debe entenderse el requerimiento formulado por la Fiscalía Nacional Económica cuando hace

referencia al artículo 3° del Decreto Ley N° 211, en particular su letra a).

Por la anterior determinación, es preciso afrontar el análisis sobre los efectos de la modificación dispuesta por el legislador al texto legal, mediante la Ley 20.361 y los efectos que tiene ante la presente investigación en curso.

<p>Letra a) del Art. 3° D. L. 211 Texto fijado por Ley 19.911</p>	<p>Letra a) del Art. 3° D. L. Texto fijado por Ley 20.361</p>
<p>Acciones: Los acuerdos expresos o tácitos o las prácticas concertadas</p>	<p>Acciones: Los acuerdos expresos o tácitos o las prácticas concertadas</p>
<p>Sujeto activo: entre agentes económicos entre ellos,</p>	<p>Sujeto activo: entre competidores entre ellos,</p>
<p>Elemento Subjetivo: que tengan por objeto</p>	<p>Elemento subjetivo: que consistan en</p>

<p>fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado,</p>	<p>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.”</p>
<p>abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran.</p>	<p>que les confieran poder de mercado</p>

De esta comparación quedan en evidencia algunas específicas faltas de correspondencia terminológica, pero se mantiene la armonía substancial en sus elementos, a lo menos respecto de la fijación de precios. Es así como en ambos casos se puede advertir que se encuentra la referencia al sujeto activo corporizado en quienes expenden al público medicamentos, ya sea como agente económico o competidor en el

mercado de los medicamentos. Igual correspondencia se advierte en los demás elementos.

En la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 20.361 ha quedado reflejado el fundamento por el cual fue reemplazada la frase "abusando del poder" por "que les confieran poder de mercado". En la tramitación del proyecto de ley, en el Segundo Informe de la Comisión de Economía del Senado se explica que la nueva redacción de la letra a), los acuerdos que se celebren por los competidores "debe conferirles el poder para abusar en el mercado", de otro modo no debiera ser sancionable. De este modo "la exigencia de poder de mercado habrá que analizarla en cada caso, en su especialidad", puesto que el "poder de mercado alude a la capacidad de este conjunto de competidores de fijar condiciones de comercialización, de manera independiente al resto, con la posibilidad de abusar". Es así que la expresión "abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran" encuentra equivalencia en "los acuerdos, que les confieran poder de mercado". (Página 323, página web de la Biblioteca del Congreso Nacional)

En efecto, el elemento subjetivo del tipo sancionatorio, en que el o los sujetos activos del ilícito deben tener la voluntad de abusar del poder que les confieren en el mercado los acuerdos que celebren o ejecuten, encuentra su

correspondencia en la nueva redacción, en el antecedente de que los acuerdos a que llegan los sujetos activos de la conducta, deben otorgarles influencia en el mercado. Sin el antecedente de la historia de la ley se podría pensar que de una conducta que exige probar un elemento subjetivo del tipo sancionatorio, se pasó a una conducta reprochada por el resultado, pero ello no se corresponde con la voluntad del legislador. La referencia al "poder de mercado" se concreta mediante acuerdos que desarrollen la capacidad de fijar condiciones de comercialización, de manera independiente al resto, que constituye una forma particular de abusar del poder de mercado, precisamente, por los acuerdos adoptados. Ambos elementos reposan en que los sujetos activos del actuar ilícito, consistente en llegar a estructurar una voluntad común, expresa o tácita, destinada a celebrar o ejecutar conductas que les permitan hacer mal uso del poder que obtengan. El mal uso o abuso del poder se encamina a concretar atentados contra la libre competencia en las actividades económicas o en los mercados. "El poder de mercado de una empresa es la capacidad de influir sobre los precios vigentes en un mercado." "La existencia de poder de mercado tiene como implicancia principal el hecho de que la empresa que lo posee puede elegir entre vender (o comprar) los bienes a distintos precios" (Germán Coloma, Defensa de la

Competencia, págs. 32 y 33). De esta forma el legislador castiga a quien abusa o hace mal uso de la capacidad que tiene de influir directamente en la fijación de precios de los bienes y servicios que produce, distribuye o vende, alterando las leyes de la oferta y la demanda en su beneficio o/y en perjuicio de terceros en un mercado determinado.

Por otra parte y como se ha dicho, lo cual no está demás reiterar, no obstante que pueda estimarse efectivamente que se ha sustituido un elemento subjetivo del tipo por una calificación de la conducta por el resultado, no importan elementos esenciales del núcleo esencial del injusto que se reprocha, cual es, atentar contra la libre competencia.

La diferencia fundamental se encuentra en la modificación introducida por la Ley 20.361 al párrafo primero del considerando segundo del artículo 3° del Decreto Ley 211, ya expuesta con anterioridad, esto es, que la incorporación de la frase "o que tiendan a producir dichos efectos", que transforma todas las figuras enunciativas en un delito de peligro abstracto, al igual que la descripción del inciso primero. La circunstancia anterior impone a quien persigue conductas anteriores a la Ley 20.361, que debe acreditar conductas concretas, analizar el mercado y la forma como éstas lo afectan.

En todo caso, como también se ha dicho, de estimarse que la sustitución de la figura de la letra a) del inciso segundo del artículo 3° del D. L. 211 importa el establecimiento de una conducta diversa e incompatible con la anterior, que modifica su núcleo esencial, solamente llevaría a reconducir la tipificación a la figura general del inciso primero. Pero, como se ha dicho, no es lo que ocurre en la especie.

El mercado relevante, se ha dicho, está determinado en el presente caso por la venta de medicamentos al público en todo el territorio nacional.

Las requeridas tienen un poder determinante en dicho mercado, pues constituye un 92% del mismo. Entre el 1° de diciembre de 2007 y el 31 de mayo de 2008. Las requeridas abusaron del poder de mercado, acordando alzar los precios de 206 medicamentos, en perjuicio de los consumidores, obteniendo una importante rentabilidad total. Es así como se concordó por las empresas investigadas obtener beneficios, con motivo de un alza concertada de precios, en perjuicio de los consumidores, pretendiendo con ello recuperar las pérdidas sufridas con motivo de la guerra de precios que había precedido a estos hechos. Así el abuso está dado por el acuerdo de perjudicar a los consumidores y obtener un beneficio propio.

SEPTUAGESIMO SEPTIMO: Conducta que impide, restringe o entorpece la libre competencia. Concepto de colusión. La política económica de libre mercado tiene como presupuesto fundamental la competencia entre los agentes económicos, en busca de hacer más beneficioso el mercado a favor de los consumidores, teniendo presente que deben operar con toda autonomía las leyes de la oferta y la demanda, puesto que incidirán directamente respecto de la calidad de los productos y se potenciará la eficiencia, eficacia, efectividad e innovación de los procesos productivos, como la intermediación de los bienes y servicios, reportando mayor satisfacción de los consumidores considerando el costo - beneficio, todo sobre la base de una sana y libre competencia en un mercado robusto. Por ello es que, igualmente, se ha sostenido que la conducta más nociva y perjudicial que se conoce para el perfecto y normal funcionamiento de la economía son los abusos de posiciones dominantes, entre ellos los llamados acuerdos horizontales de proveedores del mercado, carteles o colusión, sin perjuicio de los de carácter vertical, por quienes integran distintos eslabones en la cadena del mercado.

La colusión es una situación creada por quienes desarrollan una actividad económica en un mercado determinado, por medio de acuerdos que afectan negativamente

la libre competencia, que les lleva a no competir o, a lo menos, disminuir la competencia existente, con la finalidad de incrementar sus beneficios o/y afectar los de un tercero, la que sanciona el ordenamiento jurídico nacional desde el concierto de voluntades en tal sentido.

El incremento de los beneficios de quienes integran la cartelización pueden lograrse a través de diferentes formas, instrumentos o conciertos (acuerdos de precios, de cantidades de producción, grado de innovación, número de competidores o venta y de reparto de mercados) pero tiene la característica común de que trae aparejado un aumento en los precios y una reducción en los volúmenes comercializados respecto de los que regirían en una situación en la cual las empresas compitieran entre sí.

"A diferencia de los acuerdos que implican algún tipo de integración horizontal, la colusión lisa y llana (también denominada "cartelización") no tiene en principio ningún tipo de ventaja de eficiencia productiva que pueda relacionarse con un mejor aprovechamiento de los recursos o con el ahorro de costos" (Germán Coloma, Defensa de la Competencia, páginas 79 y 80), aquí simplemente se logran beneficios en el capital concertado y perjuicios para los consumidores, quienes, además de ver afectados sus intereses económicos, generalmente por el mayor precio de los productos, no ven

incentivada la innovación, como tampoco la investigación con miras a la mejora de los productos.

Domingo Valdés Prieto indica: "El término colusión, emana del latín jurídico *collusio*, significa un acuerdo entre dos personas destinado a perjudicar a un tercero. En el ámbito de la libre competencia, semejante acuerdo está destinado a conculcar este bien jurídico, por la vía de que se le lesione o bien se le coloque en riesgo y sea que ello entrañe un perjuicio civil concreto o no" (Libre Competencia y Monopolio, Editorial Jurídica de Chile, paginas 516 y 517).

Leonardo Castillo Cárdenas expresa que parlamentarios, en conocimiento de antecedentes concretos respecto del caso investigado en autos, dejan en evidencia sus características sobre la base de la comparación entre los precios de medicamentos comercializados por la Central Nacional de Abastecimiento y las requeridas: "Por ejemplo -expresa-, mientras el inhalador presurizado Salbutamol que CENABAST vendía a \$ 690, en las cadenas nacionales estaba a \$ 6.015 promedio. En tanto, el inhalador Budesonida se encontraba en CENABAST a \$ 1.664 y en las cadenas a \$ 16.103. (Colusión en mercados relevantes, Flacso Chile").

De esta forma corresponde expresar los antecedentes fácticos para determinar si ellos se encuadran en el ilícito.

Los hechos dados por establecidos en este proceso están constituidos por un acuerdo entre Farmacias Salcobrand S.A., Farmacias Ahumada S.A. y Farmacias Cruz Verde S.A., con la participación de terceros, procediendo luego a concretarlo y alzar los precios de 206 medicamentos, detallados en el fundamento septuagésimo segundo, entre el 1° de diciembre de 2007 y el 31 de marzo de 2008, con el propósito de percibir mayores utilidades en la venta al público de tales medicamentos, abusando con ello de su poder en el mercado relevante, obteniendo una rentabilidad total de \$ 27.000.000.000.

SEPTUAGESIMO OCTAVO: Elementos del ilícito de colusión.

De la lectura del artículo 3° letra a) del D. L. 211 se desprende que los elementos del tipo de colusión son los siguientes:

1.- El acuerdo. El concierto puede ser expreso o tácito, escrito u oral, de ejecución instantánea o diferida, formal o informal. Además este puede ser implícito e incluso tácito, solamente exige que se manifieste voluntad de los partícipes en orden a concretarlo.

2.- El sujeto activo. Esto es, la persona que realiza el hecho descrito en el tipo legal, denominado por la ley "agente económico". Es posible que sea una persona natural, jurídica o colectiva.

3.- El objeto o finalidad del acuerdo. Habrá de consistir en la obtención de beneficios para quienes se conciertan, que adicionalmente es factible que se concrete en acuerdos anticompetitivos, que pueden estar relacionados con la fijación de precios de venta o de compra, en la limitación de la producción o en la asignación de zonas o cuotas de mercado.

4.- Los efectos o resultados: Las consecuencias deben ser previstas y buscadas por quienes aúnan voluntades, las que se referirán a prácticas reñidas con el libre mercado o más directamente en conductas de efectos anticompetitivos en el mercado.

5.- La intención o elemento subjetivo. Las conductas de quienes se conciertan deben estar relacionadas con el conocimiento y la finalidad de la obtención de un beneficio o/y un perjuicio de terceros, sin que puedan ignorar que la conducta acordada dañará el libre mercado, afectará la libre competencia y que es un atentado al orden público económico.

SEPTUAGESIMO NOVENO: El acuerdo. El elemento volitivo es esencial en la colusión y con arreglo a la ley puede ser expreso o tácito. "Por acuerdos expresos comprendemos a aquellos pactados en términos explícitos y directos, acordados tanto por vía escrita como oral. En tanto que por acuerdos tácitos entendemos a los inferidos a través de

antecedentes, indicios o circunstancias que inequívocamente nos conducen a concluir que se está en presencia de un acuerdo de voluntades destinado a poner en peligro o lesionar la libre competencia" (Cristóbal Eyzaguirre B. y Jorge Grunberg P., "Colusión Monopólica, Prueba de la Colusión, Paralelismo de Conductas y Factores Añadidos, en "Revista Anales Derecho UC Temas de Libre Competencia 2, Legis S.A. página 60). También se ha indicado: "Desde el punto de vista económico existen dos tipos de colusión: la explícita y la tácita. En el primer caso, la colusión se logra por la vía de la comunicación directa entre las empresas. Los carteles constituyen el típico ejemplo de colusión explícita. Estas son organizaciones informales, dado su carácter ilegal en la mayoría de las jurisdicciones, en donde los ejecutivos de las empresas se coordinan para fijar los precios y repartirse el mercado. En la colusión tácita, las empresas se coordinan en forma indirecta, es decir a través de su comportamiento en el mercado. Esta forma de comunicación incluye señales sobre precios actuales o anuncios de precios futuros. Nótese que en ocasiones no es necesario que exista intercambio de señales entre los actores para lograr la colusión, basta el mutuo entendimiento de que es conveniente para todos el no competir agresivamente". "A nivel jurídico, la distinción entre colusión tácita y explícita, apunta más bien a la evidencia

de que se dispone para calificar un caso como colusión, que a la forma en que las empresas realizaron dicha comunicación" (La Libre Competencia en Chile, Aldo González, página 146, Editorial Thomson Reuters). Un aspecto distinto son las etapas de desarrollo del ilícito de colusión, el que se sanciona desde que se ejecuta un acto idóneo destinado a su ejecución.

El Glosario de los términos utilizados en el ámbito de la política de competencia de la Unión Europea, respecto al concepto de colusión señala: "Coordinación del comportamiento competitivo de las empresas. El resultado probable de tal coordinación es la subida de precios, la restricción de la producción y el aumento de los beneficios de las empresas participantes en la colusión. El comportamiento colusorio no siempre se basa en la existencia de acuerdos explícitos entre empresas, sino que también puede resultar de situaciones en que las empresas actúan por su cuenta pero, reconociendo su interdependencia con sus competidores, ejercitan conjuntamente el poder de mercado en colusión con los demás competidores. Esta práctica suele llamarse colusión tácita".

Se relacionan con el acuerdo las conductas paralelas, el paralelismo plus, el paralelismo consciente y la colusión encubierta, en que las dos primeras se consideran lícitas y

las últimas ilícitas, por el abuso que importa el poder que tienen en el mercado.

OCTOGESIMO: Prueba del acuerdo. Los autores citados Eyzaguirre y Grunberg expresan sobre esta materia: "Los acuerdos expresos son de bajísima ocurrencia, atendida la mayor posibilidad que implicaría para los colusores el ser descubiertos. En tanto que los acuerdos tácitos son los más frecuentes en las economías modernas; los conspiradores o colusores buscarán alcanzar la connivencia de sus voluntades de la forma más discreta posible, idealmente sin dejar rastro o huella alguna que les permita ser sancionados en el futuro. Por ello, los acuerdos colusorios son por naturaleza ocultos o clandestinos".

En otros términos, puede decirse que la existencia de los acuerdos tácitos se infiere. En este punto, como plantean los autores mencionados, citando doctrina y jurisprudencia europea, el factor decisivo es el intercambio de información o toma de contacto entre competidores -que bajo las circunstancias de rivalidad, que a la libre competencia subyacen, no deberían tener lugar- se encuentra el núcleo de la práctica concertada o acuerdo colusorio tácito. Los mismos escritores advierten que un factor considerado en la jurisprudencia chilena es el intercambio de información confidencial, es decir, de aquella que por su carácter

estratégico, bajo circunstancias normales en que se actúe al alero de la libre competencia, jamás debiera ser intercambiada por los competidores como, por ejemplo, los precios de venta de sus productos, sus costos de producción, etc. Citan la Resolución N° 432 de 16 de mayo de 1995 dictada por la Comisión Resolutiva, que resolvió, precisamente, el caso en el que se requirió por colusión a las Farmacias Ahumada, Salco, Cruz Verde y Brand, en que puede observarse que las listas de precios que intercambiaban las farmacias imputadas, constituyeron un destacado antecedente para presumir el acuerdo colusorio y sancionarlas por la comisión del ilícito monopólico de colusión.

El acuerdo de colusión en el caso de autos se encuentra acreditado de manera concluyente. En efecto, el conjunto de los antecedentes, elementos de juicio o circunstancias que obran en autos llevan a sentar inequívocamente que se formó y ejecutó un acuerdo de voluntades destinado a fijar precios. Tales señales son los siguientes:

1.- La que surge de las declaraciones de Lissette Carrasco, Paula Mazzachiodi y Alejandra Araya, prestadas ante el Ministerio Público.

2.- La que se desprende del alza de coordinación de precios que surge de la declaración prestada ante la Fiscalía

Nacional Económica por Gonzalo Izquierdo, ejecutivo de Laboratorio Grünnetal.

3.- La que nace de la declaración prestada por Marcelo Flores ante la Fiscalía Nacional Económica y ante el Ministerio Público.

4.- Las que surgen de los correos electrónicos que se ha dado cuenta en este fallo.

5.- La que se sustenta en el antecedente de coordinación de alzas de precios que resulta de las tablas de movimientos y secuencia de precios, que dan cuenta de que los precios de casi la totalidad de los medicamentos involucrados fueron aumentados en días sucesivos y a valores idénticos o en términos similares.

6.- La que se origina del hecho establecido de haberse producido un incremento inesperado e injustificado de precios en un monto similar y por un mismo tiempo;

OCTOGESIMO PRIMERO: El resultado: Los efectos anticompetitivos del acuerdo en el mercado. Se ha planteado a este respecto un problema de interpretación de la norma: ¿es necesario acreditar los efectos anticompetitivos del acuerdo colusorio? El encabezado del inciso segundo del artículo 3° señala: "Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes".

Una respuesta sería afirmar que no es necesaria la prueba del efecto lesivo de la libre competencia, puesto que si el agente económico comete alguna conducta prevista en los ejemplos dados en el mencionado inciso segundo se presumirán sus efectos desde que el legislador empleó la expresión "se considerarán". Con mayor razón se puede sostener lo anterior desde el momento que las conductas aludidas en el mencionado inciso lo fueron a vía enunciativa o ejemplar.

Sin embargo, a raíz de una indicación presentada por un Senador a las Comisiones Unidas del Senado de Constitución, Legislación y Justicia, y Economía, se introdujo a la letra a) del artículo 3° del D. L. 211 la frase "abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran". Con ello, cabe entender que el requirente debe acreditar el abuso del poder que el acuerdo le confiere. En otros términos, la exigencia importa acreditar la prueba del efecto anticompetitivo del acuerdo cuando se persigue la conducta prevista en el inciso segundo, letra a) del artículo 3° antes citado.

Entonces, el marco jurídico nacional excluye considerar la colusión como falta per se, a diferencia de lo que ocurre en ciertas legislaciones extranjeras. El autor Aldo González afirma: "La colusión en su expresión más organizada, la cartelización, es considerada en la mayoría de los países

como acción anticompetitiva per se. Para sancionarla no es necesario demostrar que el precio fijado es abusivo o que se ha dañado a terceros. Se ha optado por una definición de ofensa per se, pues se considera altamente improbable que el acuerdo en precios entre competidores produzca efectos benéficos en la sociedad” (Aldo González, obra citada, página 145).

Sin embargo, son dos temas diversos el establecimiento de la figura general del inciso primero del artículo 3° del Decreto Ley 211 y su coordinación con el inciso segundo, de aquél tema relacionado con la regla per se y la regla de la razón. El primer aspecto se relaciona con las conductas establecidas por el legislador y el segundo con la forma como el tribunal justifica y razona en el establecimiento de las conductas anticompetitivas.

En el derecho de la competencia, específicamente en la vertiente o sistema normativo de la libre competencia, la autoridad que tiene a su cargo la aplicación de las normas sobre competencia, en la ponderación de los antecedentes y la evaluación de las conductas cuestionadas suele aplicar dos reglas diferentes, dependiendo del supuesto bajo investigación, a efectos de evaluar y sancionar los presuntos actos anticompetitivos comprendidos en los géneros de abuso de posición de dominio y prácticas colusorias, a saber: la

regla per se o la *regla de la razón*, ambas provenientes de los criterios jurisprudenciales elaborados por las cortes estadounidenses.

Según la *regla per se* algunos acuerdos anticompetitivos deben considerarse ilegales por sí mismos, de manera objetiva, absoluta y automática, sin importar su idoneidad o no, o si produjeron o no efectos perjudiciales en el mercado, motivo por el cual siempre serán sancionables. En otras palabras, bajo la *regla per se* ciertos acuerdos anticompetitivos en la modalidad de, por ejemplo, concertación de precios, revisten un carácter ilegal inherente debido a que no puede esperarse del mismo efecto beneficioso alguno, sino únicamente perjuicios para la competencia. Por este motivo, la autoridad de competencia puede prescindir de cualquier evaluación sobre su idoneidad o no, lo que equivale a descartar argumentos o medios probatorios de la defensa, destinados a justificar el acuerdo en virtud a su razonabilidad u otros criterios.

En contraste, la *regla de la razón* se opone en esencia a la *regla per se*, pues no juzga de manera automática a una concertación de precios como ilegal, sino que analiza la razonabilidad de la práctica, es decir, si la misma afecta o no la eficiencia y la competencia o, en todo caso, si la práctica es beneficiosa para éstas. En otras palabras, bajo

la regla de la razón no se considera que una determinada conducta (por ejemplo, la concertación de precios) sea inherentemente ilegal, sino que la autoridad de competencia debe analizar la razonabilidad de la práctica, desde el punto de vista de la competencia y la eficiencia, así como determinar si sus efectos fueron apreciables en el mercado.

La aplicación de las reglas de la razón constituyen una limitación del tribunal a su labor, el cual despliega un mayor esfuerzo a la hora de establecer los hechos constitutivos del ilícito, no obstante la menor complejidad que respecto de determinadas figuras le dispense el legislador, como ocurre en las conductas de peligro.

En el caso de autos se encuentra categóricamente establecido que el objeto del acuerdo colusorio corresponde a la fijación de precios de venta al público de al menos 206 medicamentos. En efecto, la conducta ilícita tuvo por finalidad afectar la principal variable competitiva del mercado farmacéutico, el precio de venta al consumidor. De esta manera, el precio se utilizó por las acusadas como un instrumento que les permitió obtener ganancias económicas a corto plazo.

No se consideraron otros 16 medicamentos requeridos, toda vez que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

expresamente señaló que no se contaba con datos acerca del precio moda de venta de dichos productos.

Se encuentra demostrado que las involucradas gozaban en diciembre del año 2007 de un poder de mercado cercano al total. En efecto, en su conjunto correspondía al 92% del mercado (en ventas de medicamentos), siendo un 27,7% para Farmacias Ahumada, 40, 6% para Cruz Verde y Salcobrand presentaba un 23,8%.

Asimismo, se encuentra establecido fehacientemente que el acuerdo de colusión tuvo la aptitud de lesionar la competencia, desde que las implicadas abusaron del poder de mercado, por cuanto éste les permitió actuar de manera coordinada e independiente de los consumidores y de los demás competidores (farmacias independientes) y obtener beneficios económicos a corto plazo mediante el sólo incremento injustificado del precio de venta al público.

No es plausible el argumento de que por tratarse sólo de 222 medicamentos no podría concurrir el elemento en examen, puesto que la venta de dichos medicamentos en su conjunto corresponde al 16% de la totalidad de los productos vendidos por las cadenas, sumado a la circunstancia ya establecida de que dichos productos farmacéuticos tienen una demanda sustancialmente inelástica. La rentabilidad se maximizó si se

considera que las cadenas mantuvieron sus costos y la demanda por los productos permaneció estable.

Asimismo, como ya se estableció, los bienes a los cuales se elevó inesperadamente el precio corresponden a medicamentos éticos y considerando que para acceder a los mismos se precisa de la receta médica, estos bienes deben considerarse inelásticos. Se dijo que por ley, las farmacias son los únicos agentes que tienen permitido vender medicamentos al público. Por consiguiente, abusando del poder de mercado, subieron los precios de estos productos sin enfrentar la competencia de las farmacias. Resulta de esta manera inaceptable el planteamiento en orden a que debería ampliarse el análisis a la totalidad de los más de 15.000 productos que venden las cadenas, pues el acuerdo de colusión se centró en un grupo de productos de menor elasticidad de demanda y que generaban mayor sensibilidad en el consumidor.

OCTOGESIMO SEGUNDO: ¿Figura de peligro abstracto? Un segundo problema que gira en torno a la interpretación de la norma consiste en determinar si es necesario acreditar los efectos reales anticompetitivos del acuerdo o basta probar sus efectos potenciales, vale decir su aptitud objetiva para lesionar la libre competencia. Para tal efecto, debe acudirse al actual inciso primero del artículo 3° del D.L. N° 211, que prescribe: "El 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...". La expresión "tienda" denota inequívocamente que basta demostrar que los efectos son potenciales y que no es necesario que precisamente se concreten. En efecto, al ser una figura de peligro abstracto, no necesariamente debe afectarse de manera concreta la libre competencia, es suficiente ponerla en riesgo de serlo. Tal fundamento deja en evidencia que fue necesaria una reforma legal para llegar a plantear esta interpretación, por lo que corresponde descartar que el delito de colusión, previsto en la letra a) del inciso segundo del artículo 3° del D. L. 211, en su modificación introducida por la Ley 19.911 sea de peligro abstracto. Tal interpretación deja en evidencia que fue necesaria la reforma introducida por la ley 20.361 para deducir lo anterior, razón por la cual, con anterioridad no es posible extraer igual conclusión, motivo que lleva a desestimar esa calificación y, por lo mismo, determinarse que es necesario acreditar la afectación del mercado.

¿Cómo será posible aplicar esta norma si actualmente no se encuentra vigente? Es posible por las razones ya dadas y en por cuanto este texto es más benigno que el actual, motivo por el que tampoco le sería aplicable la norma de la actual letra a), aún con norma expresa que así lo determinara,

puesto que la garantía constitucional dispone, precisamente, lo contrario, que la normativa sancionadora se aplica con efecto retroactivo, sólo en lo favorable o beneficioso al imputado.

Refuerza lo señalado el hecho que la Ley N° 20.361 -no aplicable al caso- suprimió la expresión "abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran" contenida en la letra a) del artículo 3° del D. L. N° 211, todo ello con el objeto de prescribir de diversa forma la regulación enunciativa, tema que ha sido abordado con anterioridad.

OCTOGESIMO TERCERO: La intención o elemento subjetivo.

Para que se configure el ilícito de colusión prevista en la letra a) del inciso segundo del artículo 3° del D. L. 211, es necesario que se acredite la voluntad o intención común de las personas que forman parte del acuerdo. La intención de acuerdo a la ley, debe extenderse al propósito de ejercer abusivamente un poder de mercado.

En jurisprudencia del derecho comunitario europeo, se ha señalado que para que exista acuerdo a efectos del artículo 81 CE, apartado 1, basta con que las empresas de que se trate hayan expresado su voluntad común de comportarse de una determinada manera en el mercado, independientemente de los efectos que ello haya podido producir en el mercado. Cuando se ha producido un concurso de voluntades entre empresas, al

menos en lo relativo a las iniciativas en materia de precios, puede pues calificarse legítimamente de "acuerdo" a efectos de dicha disposición.

OCTOGESIMO CUARTO: Elemento de interpretación. Para comprender la interrelación de los elementos normativos y subjetivos del tipo de colusión, es necesaria la consideración del bien jurídico tutelado por la ley, constituido por las políticas que el Estado ha definido para el mercado, que en el caso de nuestro país son las relativas a la libre competencia, por medio de las cuales se pretende, en definitiva, el logro del mayor bienestar posible del consumidor y de todas las personas. Esto es por que toda libertad importa responsabilidad de parte de quien la emplea. "En economía la competencia es la lucha por el cliente y, cuando esta lucha se da en un mercado competitivo, sale victorioso quien ofrece bienes de mejor calidad al más bajo precio - que es el principal efecto de la competencia -, es decir, sirviendo mejor a los competidores." "En las sociedades civilizadas esta lucha por el cliente jamás ha sido libre en el sentido de ilimitada, arbitraria o desenfrenada, pues toda forma de convivencia humana, incluyendo las relaciones económicas, está sometida al derecho." "En efecto, según ya nos señalara Joaquín Garrigues, 'libre competencia en sentido jurídico, significa

igualdad jurídica de los competidores' (la defensa de la competencia mercantil, página 142, Temas de Derecho Vivo), es decir, significa competencia justa. Esa igualdad jurídica, esa posibilidad de competir en igualdad de condiciones y sin restricciones que provengan de abusos de posición dominante o de prácticas de competencia desleal es lo que pretende proteger el derecho de la competencia en sus dos vertientes, el derecho de la libre competencia y de la competencia desleal." Se puede afectar la competencia tanto por un ejercicio excesivo de la libertad de competir, como por la decisión de no competir o de competir menos, que derivaría, por ejemplo, de un acuerdo colusorio (Tomás Menchaca Olivares, Libre competencia y competencia desleal en la Ley N° 20.169, ¿existe contradicción entre ambas disciplinas?. Competencia desleal, Universidad de los Andes, páginas 31 y 32).

Como se ha señalado la libre competencia se encuentra reglada en el Decreto Ley 211 y la competencia desleal en la Ley 20.169. El artículo 1° del Decreto Ley 211 indica: "La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados", y el artículo 1° de la Ley 20.169 señala: "Esta ley tiene por objeto proteger a competidores, consumidores y, en general, a cualquier persona

afectada en sus intereses legítimos por un acto de competencia desleal”.

Teniendo en consideración esta dual regulación de las materias, resulta indispensable precisar que la libre competencia comprende principalmente los derechos y libertades de los productores de bienes y servicios, pero sin desconocer el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado de conservar un mercado altamente competitivo. Preocupación que motiva su regulación en diferentes fuentes del ordenamiento jurídico. De esta forma, quien transgrede la libre competencia, invade injustamente el ámbito de la libertad de la competencia en sus diferentes manifestaciones, siendo una de ellas la mercantil, por lo que esta interferencia puede estar dirigida en contra de los competidores, pero igualmente desarrollada por éstos y, en uno y otro caso, tener el efecto de disminuir la libertad y derechos de uno o más de los agentes económicos, con lo cual se ve afectado el comportamiento del mercado, es por ello que la jurisprudencia se ha encargado de precisar que el bien jurídico tutelado por la libre competencia ampara los diferentes intereses en juego, destacando la de los productores, comerciantes y consumidores, pero haciendo referencia, como se ha dicho, a todos los agentes económicos que intervienen en el mercado. “Que la finalidad de la

legislación antimonopolios, contenida en el cuerpo legal citado, no es sólo la de resguardar el interés de los consumidores sino más bien la de salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica, sean ellos productores, comerciantes o consumidores, con el fin último de beneficiar a la colectividad toda, dentro de la cual, por cierto, tienen los consumidores importante papel. En otras palabras, el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad de que se produzcan más y mejores bienes y se presten más y mejores servicios a precios más convenientes, lo que se consigue asegurando la libertad de todos los agentes económicos que participen en el mercado" (Resolución N° 368, considerando 2°, Comisión Resolutiva, citada por Domingo Valdés Prieto, Libre Competencia y Monopolio, Editorial Jurídica de Chile, página 190), pudiendo agregar que tal participación en el mercado se realice con responsabilidad. Esta concepción de protección institucional de la libre competencia sobrepasa el mero resguardo de intereses individuales, pretende mantener el orden económico en el mercado, reprimiendo la falta de responsabilidad o, lo que es lo mismo, los abusos o mal uso de las libertades por cualquier agente económico que participa en el mercado. No es posible que un agente económico, en el ejercicio del derecho de la libre iniciativa económica, afecte la libre competencia

que le permite actuar. Esta doble vía que considera la libertad y el abuso, permite explicar la limitación que impone la institucionalidad en orden a no desarrollar acciones que restrinjan de manera antijurídica la competencia, la cual corresponde proteger "no sólo cuando es lesionada, sino que también cuando es puesta en peligro" (Valdés, obra citada, página 187).

OCTAGESIMO QUINTO: Jurisprudencia. Los casos en los que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema han tenido oportunidad de pronunciarse confirman que los elementos de la colusión son los que se han definido en los motivos precedentes.

1.- Existencia de una voluntad común. En la sentencia N° 38/2006 de 27 de enero de 2003 el Tribunal resolvió acoger el requerimiento. La Corte Suprema acogió la reclamación dejando sin efecto las sanciones a las agencias navieras. Se argumentó que la colusión requiere de la existencia de una voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo la práctica, lo cual no estaría siendo demostrado con la simple simultaneidad y similitud en las nuevas tarifas. El comportamiento paralelo podría de igual manera explicarse por la similitud en el tipo de prestaciones de las agencias navieras y en la competitividad de dicho mercado, lo que

lleva a las empresas que participan en él a imitar rápidamente las estrategias de sus competidores.

2.- Elementos. En la sentencia del Tribunal N° 57 de 12 de julio de 2007 se expresó: que para sancionar una conducta como la denunciada, es preciso establecer: (i) la existencia de un acuerdo entre competidores; ii) su incidencia en algún elemento relevante de competencia; y (iii) que ese acuerdo permita a sus participantes abusar del poder de mercado que con dicho acuerdo puedan alcanzar, mantener o incrementar. La Corte Suprema en sentencia de 28 de enero de 2008 en causa Rol N° 4025-07, en fallo acordado por mayoría de votos, confirmó la sentencia, al desestimar la existencia del acuerdo colusorio.

3.- Requiere de prueba la conducta anticompetitiva. En otro caso en que la Fiscalía Nacional Económica acusó a cuatro empresas proveedoras de acciones concertadas para repartirse el mercado en el segmento de los hospitales públicos y de buscar el fracaso de la licitación llamada por la agencia de compras de dichos hospitales (CENABAST), el Tribunal (sentencia 43/2006) en fallo dividido acogió el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica sancionando a las empresas de oxígeno. La Corte Suprema acogió la reclamación, señalando que la evidencia presentada era del

todo insuficiente para probar la existencia de colusión tendiente al fracaso de la licitación.

4.- Afectación por exclusión de un comprador. En el caso Banco de Chile contra Casas Comerciales, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (sentencia 63/2008) sancionó a dos empresas por concertarse para forzar a los fabricantes de televisores de plasma a no abastecer al Banco en su evento denominado feria tecnológica. La Corte Suprema confirmó la sentencia del T DLC, rebajando las multas.

5.- Irrelevancia de la afectación a la competencia. En el caso del requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra AM Patagonia se dictó por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la sentencia 74/2008. El tribunal señaló que "para configurar el ilícito de colusión se requiere acreditar no sólo la existencia de un acuerdo entre competidores y su incidencia en algún elemento relevante de competencia, sino también su aptitud objetiva para producir un resultado contrario a la libre competencia, sin que sea necesario que efectivamente dicho resultado lesivo se haya producido, dado que, según lo dispuesto en el art. 3 inciso primero del D.L. 211 , basta que un hecho, acto o convención tienda a producir efectos contrarios a la libre competencia para que pueda ser sancionado". La Corte Suprema (autos rol N° 5937-2008) por sentencia de 29 de diciembre de 2008

estableció en el considerando octavo: "...probada que ha sido la existencia del acuerdo y su incidencia en el mercado, que éste obedeció a la voluntad de los socios, las circunstancias anexas a esta conducta contraria a la libre competencia en orden a determinar su total y plena eficacia, esto es, si todos los médicos adhirieron en su oportunidad al acuerdo o no, o si todos o sólo algunos aplicaron el cuestionado Arancel, carecen de relevancia desde que quedo demostrado que dicho acuerdo, tal como fue concebido, tuvo la aptitud objetiva de producir un resultado anticompetitivo, lo que resulta suficiente para su sanción".

6.- Aptitud de afectar la competencia. En el caso de requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica en contra de diversos microbuses y taxis colectivos de la ciudad de Osorno, el Tribunal de defensa de la Libre Competencia dictó la sentencia 94/2010 por haberse coludido en noviembre de 2007 para, entre otras cosas, alzar coordinadamente los pasajes, señaló, junto con tener acreditado el acuerdo, que el mismo tenía la aptitud objetiva para afectar negativamente la competencia en el mercado "lo que infringe lo dispuesto en el artículo 3° letra a) del Decreto Ley N° 211" (considerando 61°). La sentencia de la Corte Suprema estableció en el considerando octavo "Es decir, 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 afectan la libre competencia, por lo que no resulta procedente la alegación de las empresas mencionadas en el considerando tercero, en cuanto sostienen que no se produjo la infracción contemplada en el artículo antes citado porque muchos de los acuerdos de los que da cuenta el acta de autos no produjeron sus efectos”.

Teniendo presente que la colusión puede importar la obtención de beneficios directos o indirectos por los agentes económicos, la jurisprudencia ha tenido la oportunidad de exigir la acreditación de los elementos de la misma, respecto de los elementos volitivos, relevancia en el mercado, abuso de la posición en el mercado, todo lo que incide en una conducta anticompetitiva, por mayor presencia o exclusión de agentes económicos, sin que sea determinante que se concrete la conducta y que se produzcan los efectos deseados al momento de adoptar el acuerdo. Resulta así destacada la importancia de los elementos substanciales y la acreditación de ellos en el proceso.

OCTOGESIMO SEXTO: Determinación Legal de los Hechos y Calificación. Según se ha reseñado en autos, se encuentra justificado el acuerdo, los sujetos que participaron en él, que tenía por objeto alzar los precios de venta al público de

determinados productos, con lo cual no se desarrolló competencia entre tales agentes económicos en relación con esos medicamentos, obteniendo una rentabilidad total de 27.000.000.000, abusando de su poder en el mercado en perjuicio de los consumidores.

Tales antecedentes fácticos de relevancia legal, permiten se les califique como constitutivos del ilícito de colusión, previsto en la letra a) del inciso segundo del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, perpetrado entre el 1° de diciembre de 2007 y el 31 de marzo de 2008.

OCTOGESIMO SEPTIMO: Participación. Teniendo en consideración los límites de esta sentencia, se determina que en el ilícito de colusión previamente dado por establecido, le ha correspondido participación culpable a Farmacias Cruz Verde S.A. y Farmacias Salcobrand S.A., en calidad de partícipes directos en el acuerdo destinado a concretar la conducta y obtener los resultados esperados.

OCTOGESIMO OCTAVO: Rechazo de alegaciones. A riesgo de reiterar argumentaciones, el tribunal se referirá algunas alegaciones formuladas por las partes:

1.- La justificación de Salcobrand relativa al desconocimiento de la estructura y condiciones del mercado farmacéutico, de la cual surgiría el modo en que se desarrolla la comunicación entre las cadenas de farmacias y

los laboratorios, es manifiestamente inaceptable. En efecto, la reclamante sostuvo que debió atenderse a los usos comerciales que imperaban en la comunicación permanente con sus proveedores, en la que incluso se da cierta conformidad de carácter formal con las solicitudes comerciales de ellos, ello porque no desean entorpecer las relaciones económicas. Empero, tal forma de actuar e interpretar la comunicación comercial ignora que los agentes económicos deben sujetarse al marco normativo de libre competencia que integra parte de la regulación jurídica de su actividad económica, la cual impone el deber jurídico de negarse o al menos tomar distancia al ofrecimiento de una conducta ilícita de coordinación de alza de precios.

2.- Teniendo en cuenta lo señalado anteriormente no hay vicio u omisión reprochable al tribunal cuando no realiza comparaciones con otros periodos distintos al investigado, porque no examinó en las tablas todos los movimientos de precios en el periodo acusado o porque se presentaron algunos errores en la elaboración de las tablas, desde que concurre no solo evidencia económica sino que prueba contundente del contacto que se produjo entre los agentes económicos para alzar los precios de al menos 206 medicamentos de forma coordinada.

3.- Las tablas elaboradas demuestran la presencia de numerosos casos de subida de precios a niveles idénticos o similares y en días prácticamente sucesivos, pese a la rivalidad de los competidores. Existió un mecanismo de colusión que variaba mínimamente en cuanto a quien lideraba las alzas de precios.

4.- El contacto entre los coludidos creó una cooperación o coordinación y la específica manera en que operó el mecanismo de colusión, aumentó o disminuyó la incertidumbre que se tenía acerca de la conducta futura de las partes del acuerdo. Así, respecto de quien lideraba las alzas de precios -Salcobrand- disminuyó la incertidumbre, pues correspondía al agente económico con menos poder de mercado. En cambio, aumentó esa incertidumbre -o desconfianza- en cuanto a quienes tenían mayor participación de mercado, o en otras palabras, entre quienes habían sido en el pasado más directos y agresivos competidores. Esto significa que es lógico entender que algunos agentes pudieran monitorear con mayor frecuencia el cumplimiento del acuerdo y otros con una menor intensidad. Por lo mismo, es lógica la decisión del Tribunal de excluir del análisis de registros de cotizaciones de precios a la empresa Salcobrand respecto de sus competidores.

5.- El sujeto activo del ilícito es la persona que realiza el hecho descrito en el tipo legal, denominado por la

ley "agente económico". Se observó que quienes procedieron por las empresas sancionadas no correspondían propiamente a sus representantes mirado ese concepto desde el derecho civil, sino que lo eran desde la perspectiva funcional económica, esto es, se trataba de trabajadores de la organización, que la misma dotó de poderes en materia de regulación y negociación de precios, de intercambio de información y de monitoreo de precios.

6.- Quedó demostrado en forma concluyente el carácter deliberado del ilícito, pues todos los participantes tenían la intención de celebrar acuerdos para fijar los precios, aumentar su poder de mercado e intercambiar información y el hecho de organizar las alzas de precios mediante la coordinación verificada a través de los laboratorios, permite dar por establecido el propósito específico de abusar de la posición que tenía la cadena de farmacias en el mercado farmacéutico.

7.- Atendido lo que se ha razonado en el curso de este fallo, queda desestimado el planteamiento de las empresas reclamantes, fundado en que no habría ilícito por faltar el elemento de la renta monopólica. Las alzas fueron expresivas, toda vez que la variación de precios fue desproporcionada e injustificada, según se ilustra en las tablas elaboradas por el tribunal. Hubo aumento de precios que superaron el 150%

del que tenían. Ese excedente constituye una renta sobre la normal que percibieron las cadenas de farmacias y que demuestra que se configuró un efecto anticompetitivo real.

8.- Aun cuando se encuentra acreditado que Farmacias Salcobrand invirtió recursos en contratar personal, capacitar al existente, introducir manuales de ética, invertir en la renovación de los locales, abrir nuevos locales y cerrar otros, invertir en una nueva imagen corporativa, invertir en publicidad, no cambia en nada la realidad de la infracción comprobada, pues ello no implica que esté obligada a proceder del mismo modo respecto de la variable del precio de los medicamentos. Por otra parte, los medicamentos requeridos son éticos, por lo que la publicidad dirigida al público está prohibida.

9.- En consecuencia, de los motivos precedentes puede concluirse que concurren todas las condiciones previstas en el artículo 3° letra a) del D. L. N° 211. En efecto, se acreditó la existencia de un acuerdo entre las tres cadenas de farmacias cuyo objeto consistió en fijar el alza de precios de venta al público de al menos 206 medicamentos entre los meses de diciembre de 2007 y abril de 2008, lo cual ocasionó un efecto anticompetitivo real en el mercado. Los coludidos tuvieron la intención de unir sus participaciones

de mercado y de este modo usar el poder conjunto para fijar el precio de los medicamentos en cuestión.

10.- Se rechaza la proposición de que las reclamantes hayan realizado conductas unilaterales e independientes para alzar los precios de los medicamentos en cuestión. En efecto, se acreditó en forma concluyente que las cadenas de farmacias aceptaron la proposición de incrementar en forma concertada el precio de venta de los medicamentos a los consumidores. No puede haber paralelismo consciente por estructura de mercado cuando se demostró que existió contacto entre los interesados en el resultado, con el objeto de fijar los precios de venta al público.

Así, los informes económicos acompañados por las reclamantes, que constituyen prueba documental, carecen de mérito para dar cuenta de algún antecedente que contrarreste las conclusiones precedentes.

Asimismo, no se accede a la propuesta de Salcobrand en orden a que las acciones de las involucradas corresponderían a una tentativa de colusión por parte de Farmacias Ahumada, toda vez que el grado de desarrollo del ilícito infraccional completó todas sus fases de desarrollo, esto es, se propuso el acuerdo colusivo, luego se ejecutó por parte de las tres implicadas, se controló su cumplimiento y se obtuvieron beneficios económicos por ello.

OCTOGESIMO NOVENO: Alegaciones respecto a la determinación del monto de la multa. Salcobrand ha reclamado respecto del monto de la multa por los siguientes fundamentos: 1) La gravedad del ilícito no es un criterio considerado por la ley; 2) La relevancia del daño causado es mucho menor que la que se menciona en el fallo. El fallo no analizó la posibilidad de recurrir a sustitutos de los medicamentos; 3) Es injusto atribuir a las requeridas la condición estructural del mercado oligopólico; 4) No se acreditó que el acuerdo haya tenido la aptitud de extender sus efectos a toda la categoría de productos Farma, por lo que el número de consumidores afectados es una especulación; 5) Carece de base la afirmación de que el acuerdo se habría mantenido en el tiempo de no mediar la intervención de la Fiscalía Nacional Económica; 6) El tribunal no cuantifica el beneficio económico que se produjo para la requerida y se refiere a los ingresos conjuntos de Salcobrand y Cruz Verde, sin considerar las utilidades reales y por separado; 7) Se estableció para Farmacias Ahumada una pena distinta por los mismos hechos imputados a Salcobrand, encontrándose ambas empresas en la misma situación legal, la multa debió ser idéntica. Se afecta el principio de proporcionalidad de la pena, sin perjuicio que Farmacias Ahumada tiene un grado de

responsabilidad mayor si se considera su carácter de instigadora.

Cruz Verde alega respecto de la determinación del monto de la multa las siguientes razones: 1) Los beneficios atribuidos a las alzas de precios no se han probado; 2) Las alzas no permitieron recuperar los costos de compra de los medicamentos sin considerar los gastos de administración y venta; 3) Lo que debe ponderarse es la rentabilidad, no los ingresos; 4) La conducta se produjo durante tres meses, siendo especulativo que se diga que el acuerdo se habría mantenido en el tiempo a no ser por la investigación de la Fiscalía Nacional Económica; 5) El juicio de reproche debió ser distinto respecto de la otra requerida, ya que la diferencia de evidencia probatoria es abismante; y 6) Se aplica una multa que excede la proporcionalidad respecto del beneficio otorgado a Farmacias Ahumada, siendo que ésta es la instigadora de conductas tendientes a alterar el comportamiento normal del mercado.

NONAGESIMO: Antecedentes a considerar en la determinación de la multa. El inciso final del artículo 26 del D.L. N° 211 vigente al tiempo en que acaecieron los hechos, prescribía: "Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la

gravedad de la conducta y la calidad de reincidente del infractor”.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia consideró en forma predominante la gravedad de la infracción, para lo cual aludió a la naturaleza del ilícito, al tipo de mercado afectado y su importancia relativa en cuanto a la naturaleza de los productos vendidos a un precio mayor y a la extensión de daño causado. Adicionalmente el tribunal tuvo presente el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.

De lo prescrito por la disposición legal citada se colige que la determinación del importe de una multa no es el resultado de un mero cálculo basado en los volúmenes de los negocios que beneficiaron a los implicados, sino que deben tomarse en cuenta todos los criterios de apreciación.

Contrariamente a lo sostenido por las recurridas el legislador requiere explicar las consideraciones que motivan la extensión de la multa. Podría ser suficiente enunciar los criterios objetivos indicados por el legislador, pero ciertamente no es lo pretendido por él, por lo que resulta totalmente adecuado que el Tribunal haya realizado un esfuerzo argumentativo destinado a plasmar en su determinación los argumentos por los cuales impuso el monto más alto de la multa, argumentos que esta Corte comparte,

razón por la cual rechaza las peticiones de las empresas requeridas.

Resulta irrelevante la distinción formulada por Salcobrand respecto a la gravedad de la conducta y del ilícito, puesto que el análisis se centra en que se afectó el precio de bienes que son considerados de primera necesidad por su afección a la salud de las personas, derecho constitucionalmente protegido por el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental. De hecho, precios elevados, como sucedió en la especie, respecto de determinados medicamentos, puede generar que parte de la población no pueda acceder a ellos. El consumidor en un periodo de corto plazo es además afectado psicológicamente desde que es razonable considerar que el precio es la única información de la que dispone.

La circunstancia de que las farmacias distribuyeran más de 14.000 productos es indiferente porque la colusión afectó los medicamentos éticos, cuya sustitución como ya se estableció en este fallo, es difícil.

Por otra parte, la gravedad de la conducta se aprecia en razón de los desorbitados niveles de alza de precio de los remedios, siendo por consiguiente indistinto desde la perspectiva del consumidor que los márgenes de comercialización hayan continuado siendo negativos.

En consecuencia, las empresas implicadas cometieron una infracción de gravedad extrema, habida cuenta de su naturaleza, de sus repercusiones concretas en el mercado de venta al consumidor de los productos farmacéuticos y de la dimensión del mercado geográfico afectado. La fijación de los precios afectó las reglas de la competencia permitiendo a las implicadas prever que infaliblemente obtendrían un beneficio económico. El interés económico se sobrepuso a la dignidad humana, a la vida y a la salud de las personas, puesto que, como se dice por una de las requeridas, los márgenes de colusión llegaron solamente a 185 medicamentos éticos.

Nadie puede dudar que la colusión es uno de los ilícitos más graves que se pueden cometer en contra de la libre competencia, lo que se confirma porque en legislaciones como las de Estados Unidos, Inglaterra, Japón, Corea del Sur, Australia y Brasil, entre otros, su perpetración se sanciona con la pena de prisión.

Es importante tener en consideración el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, puesto que, para iniciar el análisis de este criterio acerca de la determinación del importe de la multa, cabe razonar lógicamente que el acuerdo de colusión ha permitido a las empresas implicadas alcanzar un nivel de precios de venta

superior al que habría prevalecido de no existir la conducta anticompetitiva. En segundo término, es necesario inferir que el resultado económico para las coludidas se obtuvo a corto plazo, desde que la variable precio es reconocida en la doctrina económica como un instrumento para actuar de forma rápida. En tercer lugar, es dable afirmar que los mayores precios que han sido pagados por los consumidores finales fueron traspasados a las requeridas como rentas superiores a las normales.

En relación a las afirmaciones de las partes acerca de este tópico, cabe tener en consideración los siguientes antecedentes:

1.- El costo de adquisición de los medicamentos en cuestión no tuvo variaciones significativas.

2.- Es efectivo en un alto grado de probabilidad que la conducta colusiva terminó a raíz de la intervención de la Fiscalía Nacional Económica. Debe recordarse que en marzo de 2008 se presentaron reclamos y denuncias de las alzas de precios de los anticonceptivos. A esa época aún se registraban alzas coordinadas de precios.

3.- Se desatiende la regla de que el precio pagado por un medicamento será la retribución al bien en sí mismo, el cual incorpora a los costos emanados del proceso de producción a los beneficios de los agentes encargados del

mismo, así como a los servicios vinculados a la distribución y dispensa, cuyo no fue el caso.

En este tema resulta absolutamente relevante que la imposición de la multa disuada de persistir en conductas como las investigadas y sancionadas, puesto que esta Corte considera que la decisión sobre la cuantía de las multa lleva implícita la finalidad de reforzar su efecto disuasorio, en razón del beneficio que las empresas coludidas obtienen de la conducta ilícita a corto plazo.

No es posible equiparar la situación de la empresa Farmacias Ahumada S.A. con la de las reclamantes en virtud del principio de igualdad de trato. Más allá de que esta Corte Suprema al resolver el rechazo de los recursos de reclamación en contra de la resolución aprobatoria de la conciliación señaló expresamente que el monto pagado por Farmacias Ahumada no tenía el carácter de multa, lo cierto es que esta empresa reconoció su comportamiento contrario a la competencia, en cambio, respecto de las otras dos empresas inculpadas, la Fiscalía Nacional Económica se vio obligada a acreditar los hechos.

Tampoco es posible determinar si la conducta de una u otra empresa fue más grave, pues de los hechos establecidos se deduce que cada una desempeñó en cierto modo un papel preponderante de la práctica colusoria, esto es, ninguno de

los implicados jugó un rol menor en el acuerdo. Tampoco obran antecedentes que den cuenta de que alguno de los involucrados haya concurrido bajo alguna forma de presión de las otras partes.

NONAGESIMO: Condena en costas. Como última petición, las reclamantes solicitaron ser eximidas del pago de las costas, Cruz Verde por no haber sido totalmente vencida o bien porque tuvo motivo plausible para litigar; en tanto, Salcobrand, por no haber sido totalmente vencida, corresponde que cada parte pague sus propias costas.

No es posible aceptar la solicitud de las partes, por cuanto éstas sí fueron totalmente vencidas, desde que el procedimiento seguido en autos en contra de ellas es de carácter sancionatorio y tenía por principal petición de la Fiscalía nacional Económica, que se acogiera el requerimiento en contra de las sociedades investigadas por haber incurrido en la conducta prevista en el artículo 3°, inciso segundo, letra a) del D. L. N° 211, siendo condenadas las recurrentes al máximo de la multa. No cabe duda que las demás medidas solicitadas por la Fiscalía Nacional Económica tenían un carácter circunstancial y se encontraban subordinadas al resultado de la pretensión principal. Tampoco se aprecia que las partes tuvieran motivo plausible para litigar.

De conformidad a lo expuesto, normas legales citadas y lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto Ley N° 211, **se resuelve:**

RECHAZAR los recursos de reclamación deducidos por Farmacias Cruz Verde S. A. y Farmacias Salcobrand S. A. contra la sentencia N° 119/2012, de treinta y uno de enero del año en curso, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, con costas de la reclamación.

Se previene que el Ministro señor Muñoz, estuvo por disponer que, sin perjuicio de lo resuelto, ejecutoriada que se encuentre la presente sentencia, los antecedentes sean remitidos a la Fiscalía Nacional Económica con el objeto que se concluyan las pesquisas investigando íntegramente los hechos y, en su oportunidad, se decida lo pertinente en relación con la participación de los laboratorios y distribuidores, disponiendo, si procediere, las medidas correctivas o prohibitivas pertinentes medidas correctivas o prohibitivas, para lo cual tiene presente las siguientes consideraciones:

1°.- El mercado farmacéutico nacional tiene un desarrollo que está relacionado casi exclusivamente con la producción y venta, sin desconocer que también se presenta la distribución, pero asociada principalmente a los laboratorios. En la producción se ha señalado que concurren

aproximadamente 70 laboratorios; en la distribución se han clasificado: Distribuidores/representantes de laboratorios; Distribuidores cerrados; Distribuidores abiertos, y Distribuidores Mixtos.

“Así, los distribuidores/representantes de laboratorios, son empresas que agrupan a varios laboratorios y comercializan de manera exclusiva los productos de sus asociados. Bajo esta modalidad operan en Chile dos empresas, (a) Novafarma, en representación de Laboratorios Bagó, Boehringer, Silesia, AstraZeneca, Grunenthal, Andrómaco, Lumiere y Master; y (b) Bayservice, en representación de Laboratorios Bayes y Schering-Plough.”

“Por su parte, los distribuidores ‘cerrados’ realizan el aprovisionamiento exclusivo de una cadena de farmacias, generalmente de su propiedad. Bajo esta modalidad operan, por ejemplo, los distribuidores de las cadenas de farmacias Ahumada, Salcobrand y FarmaLider. A su vez, los distribuidores ‘abiertos’ realizan aprovisionamiento a todos los agentes interesados, sean farmacias independientes, grupos de farmacias o cadenas de farmacias. Bajo esta modalidad operan, por ejemplo, Droguerías Ñuñoa y Toledo.”

“Por último, los distribuidores ‘mixtos’ realizan el aprovisionamiento tanto a los clientes de los distribuidores ‘abiertos’ como a cadenas relacionadas.”

“En este caso se encuentran la empresa Socofar S. A., que abastece a las farmacias que operan bajo la marca Cruz Verde, sean o no franquicias de ésta y de otras farmacias independientes” (Ana Belén Rivera Terán y otros, Análisis de la Institucionalidad Legal de la Libre Competencia en Chile, Universidad Finis Terrae, página 160).

Debido a lo anterior los ejecutivos que representan o actúan por los laboratorios y distribuidores que expresaron precios sugeridos a los ejecutivos de las cadenas de farmacias requeridas, han tenido una contribución en los hechos que es necesario investigar y determinar exactamente, con mayor razón dadas las características de este mercado y que han quedado expuestas con anterioridad.

2°.- De los antecedentes de la causa se desprende que existen conductas preliminarmente pesquisadas, respecto de las cuales, según se ha indicado, no se profundizó en su investigación, como es la participación de los laboratorios y distribuidoras en la conducta sancionada, la cual en una evaluación provisional aparece que pudo facilitar que se concretara el actuar colusivo horizontal que se ha sancionado, en los términos que ya expresara la Comisión Resolutiva en su Resolución 56, en que sentenció: “Toda sugerencia o recomendación de precios de venta al público formulada por el productor al comerciante revendedor,

constituye, en general, una práctica comercial que atenta en contra de la libre competencia, amparada por el D. L. 211, de 1973, siendo de presumir que la intención de quien la formula es que sea atendida o acatada por los sujetos a quienes va dirigida, lo que importa un propósito de unificar precios de terceros".

3°.- Se ha reconocido expresamente por ejecutivos de los laboratorios y distribuidoras, que han señalado a los representantes de las cadenas de farmacias requeridas, en su caso, precio mínimo o máximo sugerido, circunstancia que busca precisamente igualar el precio de venta al público, circunstancias que, en concepto de quien previene, constituye motivo suficiente para adoptar una determinación sobre el particular, como se ha hecho con anterioridad, precisando si ha existido colusión vertical.

4°.- La Comisión Resolutiva, mediante determinación N° 432, de 16 de mayo de 1995, condenó a Farmacias Ahumada S. A., Farmacias Cruz Verde S. A., Comercial Salco S. A. y Farmacias Brand S. A. por conductas de colusión sancionadas por el Decreto Ley 211, circunstancia que si bien no es posible de considerar para efectos de determinar su reincidencia, sí resulta pertinente de tener presente a la hora de evaluar su conducta conforme a las reglas de la sana crítica que considera, entre otros parámetros, por las reglas

de la experiencia, la que indica que no es posible incurrir nuevamente en una conducta ilícita sin estar consciente de su obrar.

Se previene que la Ministra señora Egnem no comparte los párrafos sexto del fundamento septuagésimo sexto que se inicia con las palabras "De esta comparación...", ni el décimo tercero del mismo motivo, que comienza con la frase "Sin embargo...".

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción del ministro señor Muñoz.

Rol N° 2578-2012.-

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Guillermo Silva G., Sra. Rosa Egnem S. y el Ministro Suplente Sr. Juan Escobar Z. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Künsemüller por estar en comisión de servicios. Santiago, 07 de septiembre de 2012.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a siete de septiembre de dos mil doce, notifiqué en Secretaria por el Estado Diario la resolución precedente.