

LA COLUSIÓN. UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

*Héctor Mario Pérez Bonifaz**

La Excma. Corte Suprema de Justicia dictó sentencia en la causa seguida en contra de las cadenas farmacéuticas más importantes del país por el ilícito de Colusión de Precios. El fallo Rol N° 2578-2012, de 327 páginas, fue redactado por el Ministro Sergio Muñoz y suscrito por los ministros Carlos Künsemüller, Guillermo Silva, Rosa Egnem y Juan Escobar (suplente). El fallo unánime de la Tercera Sala del alto tribunal ratificó la sentencia del TDLC declarando culpables de colusión a las cadenas farmacéuticas Salcobrand y Cruz Verde, confirmando el monto de las multas decretadas ascendentes a la suma de US\$ 20 millones a cada parte. Asimismo, el fallo exime a la empresa Fasa, por cuanto admitió su participación en el acuerdo y posterior coordinación para subir precios de los medicamentos, como también por las actuaciones reparatorias y/o compensatorias desarrolladas al efecto. La Corte señala que

“El acuerdo de colusión en el caso 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”,

asimismo, concluye que

“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 diciembre de 2007 y abril de 2008”, dice el fallo.

Y concluyó que

“las empresas implicadas cometieron una infracción de gravedad extrema. La fijación de los precios afectó las reglas de la competencia, permitiendo a las implicadas prever que infaliblemente obtendrían un beneficio económico”¹.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central de Chile. Profesor de la Universidad Santo Tomás. Correo electrónico: hectorperez2@santotomas.cl

¹ CORTE SUPREMA (2012): Rol 2578-2012.

Como se verá al comentar el fallo de la Excma. Corte Suprema de Justicia, se fija como disvalor preponderante y esencial un beneficio económico obtenido en virtud de un acuerdo ilícito destinado efectiva y directamente a transgredir el marco regulatorio de la libre competencia.

I. Los hechos: (un poco de historia)²

Al primer semestre del año 1992, las empresas FASA y Cruz Verde participaban mayoritariamente del mercado farmacéutico nacional, sin competir directamente entre ellas, toda vez que estaba fragmentado territorialmente, Fasa operaba esencialmente en Santiago y Cruz verde lo hacía en la Quinta Región. El mismo año, Fasa inicia actividades, abriendo sucursales en la mencionada Quinta Región, lo que promueve la respuesta de la cadena Cruz Verde, abriendo esta locales en Santiago, centrando su política comercial en el ofrecimiento de valores rebajados de sus productos, llegando incluso a venderlos bajo costo real, lo cual dio inicio a una “Guerra de Precios” a la cual se sumaron posteriormente las empresas Salco y Farmacias Brand, aún no fusionadas. La Comisión Resolutiva Antimonopolios, antecedente del TDLC, tras una investigación, resolvió multar por el ilícito de COLUSIÓN a las empresas involucradas, esto es, FASA, Laboratorio Recalcine, Salco y Farmacias Brand con la suma de 2000 UTM, aplicando a la empresa Cruz Verde la mitad de la multa, en virtud de la “atenuante” constituida por su confesión de participación en los hechos y su colaboración en los hechos investigados. Entre los años 2006 y 2007, las tres cadenas indicadas promovieron una nueva “Guerra de Precios” asociada a un despliegue publicitario sin precedentes en el mercado, llevando incluso a exhibir listados de comparación de precios entre las cadenas, ante lo cual se ordenó a la empresa Cruz Verde el retiro de la publicidad. Según la propia declaración de FASA, la colusión (acuerdo de precios) comenzó con este hecho.

Durante el mes de marzo de 2008, el Ministerio de Salud denunció en forma pública la detección de un acuerdo entre las cadenas de farmacias, sin identificarlas, cuyo objetivo era subir en forma simultánea y conjunta los precios de productos farmacéuticos y que tales alzas provenían de una decisión concertada y unilateral de tales empresas. El mismo año 2008, la CENABAST publicó un listado de medicamentos en el cual aparecían diferencias de hasta 100% en el precio aplicado a las ventas efectuadas a

² TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2012): Rol 119-2012.

los hospitales públicos. La Cámara de Diputados de la República solicitó a la Fiscalía Nacional Económica iniciar una investigación cuyo objeto fuere determinar los precios de los productos expendidos en las farmacias. La mencionada Fiscalía Nacional Económica declaró su convencimiento y certeza acerca de la colusión entre cadenas para aumentar los precios de los medicamentos, por cuanto contaba con información fehaciente que establecía el acuerdo del alza de más de 200 medicamentos. Asimismo, una comparación entre los precios de lista de las sucursales y locales con los valores manejados por la CENABAST implicaba sobreprecios de hasta un 3000%.

En el mes de diciembre de 2008, la Fiscalía Nacional Económica presentó requerimiento ante el TDLC en contra de FASA, Cruz Verde y Salcobrand, quienes a la fecha controlaban más del 90% del mercado nacional de venta y distribución de medicamentos, por “alza concertada de precios” respecto de 222 productos. Ante el requerimiento, FASA, compareció ante la Fiscalía Nacional Económica y entregó información sobre los hechos imputados, llegando a un acuerdo conciliatorio, ratificado por el TDLC. Esencialmente la conciliación obligó a FASA a crear un código interno que castigase las prácticas contrarias a la libre competencia, impidiendo a sus ejecutivos tener propiedad en alguna de las otras cadenas implicadas, asimismo se comprometió a pagar al Fisco la suma equivalente a 1.350 UTA para beneficio social. Las cadenas Salcobrand y Cruz Verde desconocieron los hechos declarados por FASA y se negaron a incorporarse al acuerdo conciliatorio. La FNE dejó sin efecto sus reclamaciones contra FASA, continuando de esta forma el proceso en contra de las demás cadenas.

En el primer semestre de 2009, FASA emprendió un programa compensatorio a favor de sus clientes consistente en descuentos y reembolsos económicos respecto de los sobreprecios pagados por estos entre los meses de diciembre de 2007 y marzo de 2008. Cruz Verde replicó el plan de FASA ofreciendo valores rebajados respecto de los productos cuestionados. En enero de 2012, el TDLC dictó sentencia respecto de los requerimientos presentados, condenando a las cadenas Cruz verde y Salcobrand al pago de una multa ascendente a 20.000 UTA, reconociendo in extenso el acuerdo o colusión atentatoria contra la libre competencia realizado por las cadenas Cruz verde y Salcobrand. Con fecha 7 de septiembre de 2012, la Excma. Corte Suprema dicta sentencia respecto a los recursos de reclamación interpuestos por las Farmacias Cruz Verde S. A. y Farmacias Salcobrand S.A., en contra la sentencia N° 119/2012, de 31 de enero de 2012, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

II. Esquema de la sentencia

1. IDENTIFICACION DEL PROCESO Y REQUERIMIENTO DE LA FNE

A. 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.

B. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica.

El procedimiento de autos se inició por requerimiento formulado por la FNE en contra de FASA o Ahumada, de Cruz Verde y de 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.

2. FUNDAMENTOS DEL REQUERIMIENTO DE LA FNE

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.
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.

3. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

A. Sentencia del TDLC

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 3° inciso segundo letra a) del Decreto Ley N° 211.

B. Fundamentos de la sentencia del TDLC

Los principales fundamentos en virtud de los cuales el Tribunal de Defensa de la Libre 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.

4. RECLAMACIONES INTERPUESTAS POR LAS RECLAMANTES (EXTRACTOS)

A. Reclamación presentada por Farmacias Cruz Verde

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 de 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 espuria. 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.

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.
 - 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.
 - 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.
 - D) 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 los utiliza para acreditar o desvirtuar determinadas circunstancias relativas a la conducta denunciada.
 - E) 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.
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 cuantificarlos y realizando un cálculo de ingresos de las requeridas sin atender a su situación individual.
7. APRECIACIÓN SOBRE LA DIFICULTAD DE OBTENER PRUEBA ESCRITA.
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.
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.
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.

B. Reclamación presentada por Farmacias Salcobrand S.A.

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.

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.

a) LA PRUEBA TESTIMONIAL. No concluyen.

b) LOS CORREOS ELECTRÓNICOS. No constituyen antecedentes que den cuenta del ilícito denunciado.

c) 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.

d) 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.

e) 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.

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 Económica contraviene su deber de investigar con ecuanimidad tanto 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.

5. CONSIDERANDOS RELEVANTES DEL FALLO DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA (EXTRACTADOS Y COMENTADOS)

1. 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” (Considerando octavo).

Comentario

El sentenciador establece, desde ya, en este considerando preliminar, los pilares básicos en que funda su fallo, a saber:

- a) Ejecución y celebración de hechos, actos y convenciones. (Acuerdo);
- b) Objeto tendiente a producir un efecto “típico”, esto es, fijar alza concertada de precios de venta al público de productos que enumera;
- c) El acuerdo señalado impide, restringe o entorpece la libre competencia;
- d) En el caso de autos, el acuerdo recae esencialmente en remedios éticos y notorios; y
- e) Unificación de su poder relevante en el mercado y abuso de él.

2. 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”.

Comentario

La Corte adhiere a la identificación del “*patrón colusivo*” señalado en su fallo por el tribunal requerido, estableciendo que las cotizaciones efectuadas entre las cadenas, con días de diferencia, no tenían un fundamento de comportamiento de mercado, sino que por el contrario eran el antecedente de una réplica de alzas concertadas entre ellas.

3. 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...”.

“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 tal que resulta probable ejercer a su respecto poder de mercado...” (Considerando décimo tercero).

Comentario

Entiende el fallo que los recurrentes se encuentran en una posición de privilegio, por cuanto tienen una cobertura del mercado nacional superior al 90%. Asimismo, define que “mercado relevante” es aquel en que por situaciones que deja entrever ejerce o es probable que ejerza sobre productos que produce, compra o vende, poder de mercado (fijar cuotas de producción, precios, entre otros)

4. ¿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...”

“1.- Es efectivo que algunos de los medicamentos involucrados tienen equivalentes farmacéuticos.

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.

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.

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-, asociado a una conducta de colusión, podría importar un tiempo inferior al requerido por un consumidor para adquirir información sobre bienes sustitutos...”(Considerando décimo séptimo).

Comentario

La recurrente, alega que los medicamentos monitoreados en razón de sus alzas concertadas cuentan con equivalentes farmacéuticos que no subieron de precio. El sentenciador señala fundamentos de sentido común que desvirtúan la argumentación, ya que:

- a) Reconociendo la existencia de equivalentes farmacéuticos competidores, al tratarse de medicamentos “éticos” requieren de una receta médica que determine su identidad (respecto de enfermedad debidamente diagnosticada);
- b) Ante la posibilidad de un medicamento “sustituto” el paciente, según la reglamentación vigente, debe recurrir a un médico para obtener la receta respectiva, lo cual lo hará incurrir en un nuevo gasto y tiempo de reacción;
- c) El paciente tiene información precaria respecto a precios, dosis y efectos terapéuticos de los medicamentos, así como también, los pacientes de enfermedades crónicas son dependientes de los medicamentos que integran su tratamiento y del tiempo de suministro, entendiéndose por tanto, la parte más débil del proceso de compra.

5. Resoluciones dictadas sobre la conciliación con FASA

“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...; 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...; 3.- El acuerdo conciliatorio de autos reúne todos los requisitos legales, por lo que es válido...; 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...; 9.- No se afecta (la conciliación) la garantía del debido proceso, puesto que no existe prejuzgamiento...; 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...” (Considerando vigésimo primero).

Comentario

Este considerando es de suyo importante, toda vez que afecta a una de las partes denunciadas, reconociendo la Conciliación como equivalente jurisdiccional en el procedimiento de reclamaciones por actos en contra de la libre competencia. En efecto, la Corte señala las razones y fundamentos de su viabilidad jurídica, cuales son,

- a) El 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;
- b) La Conciliación debe ser autorizada por el tribunal;
- c) No afecta la garantía del Debido Proceso; y
- d) El acuerdo conciliatorio sólo tiene efecto respecto de quienes acordaron avenir, continuando el procedimiento con las demás partes que se excluyeron de él.

6. 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 los beneficios de los agentes encargados del mismo, así como a los servicios vinculados a la distribución y dispensa..." (Considerando sexagésimo octavo).

Comentario

El sentenciador señala y enumera las condiciones que han de tenerse en cuenta para identificar la existencia de un cartel o colusión. Merece la pena destacar dos elementos imprescindibles, uno, la aplicación de la ciencia económica para la formulación del contenido de la sentencia, y otro, la relación entre la naturaleza de los productos y sus condiciones de compra, venta y distribución, como la posibilidad cierta de manipular los precios por razones internas (propias del producto y del mercado) como externas a ellos, como son la incorporación a los costos de agentes encargados de los productos.

7. 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 que 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" (Considerando sexagésimo noveno).

Comentario

Señala este considerando que el proceso de colusión es dinámico, que el precio de venta puede ser fijado en más de una oportunidad en el mismo día, y que por tanto puede existir un acuerdo continuo en las cadenas.

8. 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” (Considerando septuagésimo cuarto).

Comentario

En el considerando pertinente, la sentencia fija contenidos de regulación económica, en especial lo relacionado con el llamado “Orden Público Económico”. Al referirse a la Constitución Política, advierte que el Constituyente profundiza las normas regulatorias en torno a dos fases, la primera relativa a las competencias del Estado, y la segunda en torno a las garantías individuales. La Constitución establece en su artículo primero inciso primero:

“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, dice la sentencia, 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 1º, 3º, 8º, 19 N° 2, 21, 22, 23, 24, 25 y 26; 20, 21, 38 y 108 de la Constitución Política de la República dan origen a un abanico de disposiciones en que las personas encuentran seguridad en los enunciados anteriores.

Por su parte, reza el mismo considerando: *“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) qué 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 estructuran las bases del orden

público económico, libre competencia y competencia desleal, relacionados todos con el paradigma de la libre competencia.

El artículo 19 N° 21 de la Constitución Política establece y reconoce 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, y como dice el fallo,

“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”.

9. 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” (Considerando septuagésimo séptimo).

Comentario

La sentencia, como se ha hecho ver en el comentario anterior, reconoce a nivel constitucional una serie de disposiciones que integradas conforman un marco jurídico respecto al llamado “Orden Público Económico”, el cual se ve protegido en dos niveles, uno relativo a las competencias del Estado y el segundo, respecto al ciudadano en torno a las garantías que la Constitución reconoce. Pues bien, la sentencia profundiza aun más y establece el reconocimiento de la *política económica de libre mercado* como paradigma de interpretación, ya sea como actividad estatal, sea como reconocimiento o amparo de los derechos y garantías del ciudadano o contribuyente.

10. 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” (Considerando septuagésimo octavo).

Comentario

De manera ejemplar, este considerando nos otorga a la cátedra y al foro los elementos esenciales que deben necesariamente estar presentes para configurar de manera íntegra y completa el ilícito de colusión, a saber:

- a) El acuerdo, elemento volitivo e intencional, que puede materializarse de manera expresa o tácita, entendiéndose por acuerdo expreso aquel pactado en términos explícitos y directos, por vía escrita u oral, y tácito, aquel que puede ser inferido a través de indicios o circunstancias que inequívocamente conducen a concluir su presencia³;
- b) Sujeto activo es aquella persona natural, jurídica o colectiva, que realiza, efectúa, acciona, el hecho descrito en el tipo legal, denominado por la ley “agente económico”.
- c) El objeto o finalidad del acuerdo. Este elemento se relaciona con la idea preconcebida de obtener beneficios para los concertados, los cuales pueden ser inferidos respecto a fijación de precios de venta o de compra, en la limitación de la producción o en la asignación de zonas o cuotas de mercado,
- d) Los efectos o resultados. Las consecuencias deben ser previstas y buscadas por los concertados, las que serán referidas a prácticas atentatorias con el libre mercado o conductas de efectos anticompetitivos en el mercado.
- e) Elemento subjetivo o intencional. Las conductas de quienes acuerdan deben realizarse con conocimiento final de obtener un beneficio o un perjuicio para terceros. No cabe la posibilidad de ignorancia respecto a que el acto en sí pueda perjudicar al mercado y la libre competencia, constituyendo un atentado al orden público económico.

11. Rechazo de alegaciones

“A riesgo de reiterar argumentaciones, el tribunal se referirá a algunas alegaciones formuladas por las partes:

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 quién 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. 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

³ Cristóbal EYZAGUIRRE B y Jorge GRUNBERG “Colusión Monopólica, Prueba de la Colusión, Paralelismo de Conductas y Factores Añadidos”, pág. 60.

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.- 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” (Considerando octogésimo octavo).

12. Resolución

La Corte Suprema 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”.

III. Conclusiones

La sentencia dictada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, a mi parecer, además de resolver el asunto sometido a su conocimiento, esto es, recursos de reclamación interpuestos en contra de la sentencia del Tribunal de

Defensa de la Libre Competencia, confirma ciertas bases en las cuales se cimienta el marco jurídico aplicable, tanto al juego leal y armónico que debe existir entre los actores en el mercado, como del mercado mismo. Lo último establecerá amplias consecuencias en el terreno de la jurisprudencia de los tribunales, ya que seguramente en lo próximo y en el futuro no cabe duda que servirá de referente y fundamento para resolver contiendas jurídicas en el terreno económico. Merece especial consideración, el concepto utilizado en el fallo de “Orden Público Económico”, el cual se estructura en torno a la teoría económica, y que se integra a la ciencia jurídica en el plano de la protección de derechos. En efecto, en el plano normativo, los derechos de los ciudadanos (consumidores) deben ser objeto de protección en dos ámbitos o niveles, uno respecto a las competencias del Estado, el cual norma, previene y regula, y el segundo respecto a las garantías ciudadanas que la Constitución reconoce, y cuya inobservancia producirá las sanciones que la ley establezca y el sentenciador regule y cuantifique.

Un segundo elemento en el cual la sentencia se detiene y profundiza se refiere al reconocimiento del modelo económico de libre mercado como sistema al cual debe referirse tanto la actividad y función estatal, como también la privada. Por lo anterior, en la hora presente, en que están en la contingencia elementos disonantes tales como concentración económica y oligopolios, la actividad judicial, en su labor interpretativa e integradora, fija límites, marca referencias generales, afianza normas aplicables, determina y reconoce la posibilidad jurídica de recurrir, y en definitiva, crea derecho.

Bibliografía citada

Cristóbal EYZAGUIRRE B y Jorge GRUNBERG “Colusión Monopólica, Prueba de la Colusión, Paralelismo de Conductas y Factores Añadidos”, en *Revista Anales Derecho UC*, vol. 2, Ed. Legis S.A. Santiago, 2002.

JURISPRUDENCIA CITADA

CORTE SUPREMA (2012): Rol 2578-2012, 7 de septiembre de 2012, Tercera Sala Corte Suprema, disponible en: www.tdlc.cl.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2012): Rol 119-2012, 31 de enero de 2012, disponible en www.tdlc.cl.