

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

RESOLUCIÓN N° 50/2017

Santiago, seis de marzo de dos mil diecisiete.

PROCEDIMIENTO: No Contencioso.

ROL: NC N° 432-15

CONSULTANTE: Asociación Industrial de Laboratorios Farmacéuticos Chilenos A.G. (“Asilfa” o la “Consultante”).

OBJETO: Que este Tribunal se pronuncie acerca de si considera ajustada o no a la libre competencia la Resolución Afecta N° 272/2014 dictada por la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, la cual contiene las Bases Administrativas Tipo que Rigen los Procesos de Licitación Pública de Compra de Medicamentos, Dispositivos e Insumos Médicos y Alimentos bajo la Modalidad Distribución Directa Destinados al Apoyo del Ejercicio de Acciones de Salud.

CONTENIDO:

I) PARTE EXPOSITIVA

A. INTERVINIENTES

B. PROYECTO CONSULTADO, ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA CONSULTANTE

C. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS INTERVINIENTES

D. AUDIENCIA PÚBLICA

II) PARTE CONSIDERATIVA

III) PARTE RESOLUTIVA

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

I) PARTE EXPOSITIVA

A. INTERVINIENTES

1. Consultante:

a) La Asociación Industrial de Laboratorios Farmacéuticos Chilenos A.G.

2. Entidades que han aportado antecedentes y formulado observaciones en este expediente:

a) Cámara de Innovación Farmacéutica A.G. (“CIF”);

b) Superintendencia de Salud;

c) Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud (“Cenabast” o la “Central”);

d) Fiscalía Nacional Económica (“Fiscalía” o “FNE”);

e) Pharma Investi de Chile S.A. (“Pharma Investi”);

f) Instituto de Salud Pública (“ISP”).

B. BASES CONSULTADAS, ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA CONSULTANTE

1. A fojas 413, el 16 de noviembre de 2015, Asilfa somete a consulta ante este Tribunal la Resolución Afecta N° 272/2014 (la “Resolución” o las “Bases”) dictada por la Central, la cual contiene las Bases Administrativas Tipo que Rigen los Procesos de Licitación Pública de Compra de Medicamentos, Dispositivos e Insumos Médicos y Alimentos bajo la Modalidad Distribución Directa Destinados al Apoyo del Ejercicio de Acciones de Salud. La Consultante solicitó que el Tribunal ejerza sus facultades preventivas en orden a: (i) determinar si aspectos y cláusulas de la Resolución constituyen o no un riesgo para la libre competencia o pueden llegar a afectarla; (ii) establecer condiciones que deben ser incorporadas o modificadas en la Resolución 272/2014 con el objeto de no vulnerar el D.L. N° 211; y (iii) dictar Instrucciones de Carácter General (“ICG”) que Cenabast deba cumplir en las resoluciones que contengan bases para licitaciones. Respecto de esta última solicitud, el Tribunal la rechazó a fojas 477, porque el *“asunto propuesto no corresponde a una materia regida por dicha disposición legal, sino únicamente de una consulta sujeta al artículo 18° N° 2 del D.L. N° 211”*.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2. En la consulta se indica que las Bases permiten a Cenabast cumplir su función de proveer fármacos a las instituciones adscritas al Sistema Nacional de Servicios de Salud (las “Instituciones” o “Establecimientos”). Para ello, agrega la demanda de las Instituciones que le otorgan mandato para la compra de tales medicamentos. Una vez agregada la demanda, la Central gestiona y adjudica licitaciones de compra de medicamentos, lo que le permite acceder a mejores precios. En este contexto, sostiene que cada licitación que lleva a cabo Cenabast replica el modelo de las Bases, por lo que la consulta de autos versaría sobre la “arquitectura de las bases”.

3. Por otra parte, la Consultante manifiesta que, de conformidad con lo expuesto en el informe de archivo de la investigación N° 1931-11 de la FNE, Cenabast participa en el 58% de las compras públicas de medicamentos éticos. Asimismo, señala que entre los años 2006 y 2013 las compras a través de Cenabast representarían entre el 31% y el 49% del gasto devengado en farmacia del Sistema Nacional de Servicios de Salud (“SNSS”)¹.

4. Asilfa luego expone la evolución de los modelos de compras centralizadas de Cenabast. En primer término, describe el modelo establecido mediante la Resolución Afecta N° 159/2010. Sostiene que bajo este modelo la Central compraba medicamentos para sí y luego los revendía a las Instituciones. En consecuencia, Cenabast asumía la posición de deudora de los proveedores y acreedora de las Instituciones. Asimismo, se hacía cargo del bodegaje y la logística para entregar los fármacos a las Instituciones. En segundo lugar, señala que este modelo cambió con la entrada en vigencia de la Resolución Afecta N° 164/2011. En efecto, bajo esta resolución, Cenabast deja de ser comprador y revendedor de medicamentos y pasa a ser comisionista, comprando medicamentos en representación de las Instituciones y cobrando una comisión por sus servicios. Adicionalmente, deja de tener un rol en el bodegaje y la distribución. A juicio de Asilfa, el cambio de modelo no habría mejorado el nivel de morosidad, incluso habría sido más gravoso para los proveedores ya que, entre otras razones, los proveedores tuvieron que asumir la distribución de los medicamentos y emitir más facturas, asumiendo la cobranza de las mismas.

5. En lo que respecta a los aspectos de riesgo de las Bases, la Consultante identifica lo siguiente:

¹ El SNSS está compuesto por el Ministerio de Salud y sus organismos dependientes: SEREMI de Salud, los 29 Servicios de Salud, FONASA, ISP y Cenabast. Además, participan del sistema todas aquellas instituciones que realizan convenios con el SNSS (entre los cuales pueden mencionarse Municipalidades y servicios delegados).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5.1. Sostiene que la agregación o empaquetamiento de la demanda de medicamentos de Instituciones morosas con las Instituciones diligentes –agregación que no tiene límites– genera un riesgo de incobrabilidad. Así, a modo de ejemplo, sostiene que respecto a la deuda vencida al 31 de diciembre de 2012, el 54% de ella estaba concentrada en 13 Establecimientos, de un total de 400.

5.2. Asilfa afirma que las Bases no confieren a los proveedores adjudicados derechos autónomos para hacer frente al impago de las Instituciones. De esta manera, la consecuencia de la persistente morosidad de los Establecimientos constituiría un riesgo de que sean los proveedores quienes financien, en parte, el suministro de medicamentos a las Instituciones. En este sentido, la Consultante sostiene que debiera poder cobrar un interés moratorio, aplicar multas por incumplimientos de pago, ejecutar garantías de fiel cumplimiento a las Instituciones y tener un derecho autónomo de suspensión de los envíos de medicamentos. En su presentación de fojas 1.026 añade que esto ya estaría incorporado en las transacciones reguladas por el Convenio Marco II. Este convenio también contemplaría que el proveedor pueda rechazar órdenes de compra de instituciones morosas o que no acrediten disponibilidad presupuestaria.

5.3. A juicio de la Consultante, existiría laxitud en el plazo de pago a proveedores. Explica lo anterior señalando que las Bases contienen una extensión generalizada respecto del plazo de pago a proveedores de 45 a 90 días. En efecto, de acuerdo con las Bases, existe un plazo de 45 días para pagar, pero para poder pedir la suspensión de envíos de medicamentos deben transcurrir 45 días adicionales. El plazo sería aún mayor en el caso de establecimientos autogestionados, los cuales contarían con 60 días para pagar y otros 60 para que exista la posibilidad de pedir la suspensión de envío. Agrega que, en los hechos existe una extensión adicional del plazo ya que Cenabast tiene 15 días hábiles para pronunciarse sobre la solicitud de suspensión de envío de medicamentos. Sin perjuicio de lo anterior, mediante presentación de fojas 800, Asilfa manifestó que estos plazos habrían sido reducidos a 30 días, tanto para pagar la respectiva factura como para solicitar la suspensión de envío, con la dictación de la Resolución Afecta N° 379 de 11 de septiembre de 2015. Afirma que esta modificación no habría sido publicada en su portal, por lo que concluye que existiría una opacidad decisional de Cenabast.

5.4. Añade que existiría un riesgo de cautividad de los proveedores, atendido que ellos se encuentran obligados a seguir enviando medicamentos a pesar de la falta de pago. En este sentido, argumenta que, si bien existe la posibilidad de pedir una autorización de suspensión de envíos a Cenabast, ésta sólo se puede solicitar una

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

vez transcurridos 90 días desde la entrega de la respectiva factura, lo cual habría cambiado con la Resolución Afecta N° 379, según se señaló precedentemente. Agrega que la suspensión comprendería únicamente el producto moroso y sería aplicable sólo en la licitación bajo cuya vigencia han sido dictadas por lo que, acabada la vigencia de la licitación, la deuda pasaría a ser histórica y la Institución morosa puede seguir comprando bajo los términos de la siguiente licitación. Afirma que esta autorización sería discrecional, pues Cenabast puede rechazarla sin expresión de causa, y que su otorgamiento tendría un componente político. Así se señala que durante todo 2013 y hasta Agosto de 2014 la Central no habría otorgado ninguna autorización para suspender envíos de medicamentos y que incluso se habrían rechazado solicitudes por razones no contempladas en las Bases como, por ejemplo, no haber entregado la copia cedible de la factura respectiva.

5.5. Luego, argumenta que existe un sistema de derechos, obligaciones, sanciones y garantías que favorecen a la parte compradora, ya que sólo se establecen multas para sancionar incumplimientos de los proveedores y no de las Instituciones. Asimismo, señala que sólo los proveedores deben presentar una garantía de fiel cumplimiento.

5.6. Finalmente, sostiene que, en el procedimiento de sanciones contemplado en las Bases, Cenabast actuaría como juez y parte. Así, no existirían los incentivos adecuados, ya que los montos que la Central recibiría por concepto de multas ingresarían a su patrimonio.

6. Respecto al aplazamiento en el pago a los proveedores, Así se menciona que esto ya habría sido reconocido como un problema de competencia por este Tribunal. En este sentido, cita la Sentencia 9/2004: “[...] *estos comportamientos tienen el efecto de aumentar la incertidumbre del negocio del proveedor afectado que puede producir en el largo plazo incluso su salida del mercado y, dado el aumento del riesgo, puede dificultar que entren nuevos. Con lo anterior, se puede limitar la competencia en el sector de los proveedores a aquellos que pueden soportar un mayor riesgo y no necesariamente a los más eficientes*”. Añade que tanto la Contraloría General de la República (“CGR”) como las consultoras Capablanca Limitada y el Centro de Sistemas Públicos de la Universidad de Chile habrían sugerido la inclusión de multas, sanciones e incentivos que permitan un mejor comportamiento de pago de los Establecimientos.

7. En lo que respecta al mercado relevante, la Consultante señala que sería la “*distribución mayorista o aprovisionamiento de medicamentos por laboratorios farmacéuticos o importadores de medicamentos a entidades públicas de salud cuya*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

demanda es agregada y satisfecha mediante la realización de licitaciones de compra pública de medicamento reglamentada por la Resolución 272". Agrega que, en su dimensión geográfica, el mercado tiene una extensión nacional. Afirma que la compra de medicamentos en las licitaciones regidas por las Bases es un mercado autónomo que no resulta sustituible por otras alternativas de compras no agregadas debido al significativo mayor volumen de compra que representa la demanda agregada que intermedia Cenabast. Este mayor volumen de compra constituiría una parte relevante de la demanda de un proveedor promedio. Mediante presentación de 1 de abril de 2016, de fojas 919, aclara que el mercado relevante se genera al quedar adjudicadas las licitaciones que la Central gestiona y que es en ese momento en que se verifican los riesgos señalados precedentemente. Finaliza citando la investigación de la FNE N° 1931-11, en la que se estableció que los proveedores no tendrían poder de mercado, salvo en medicamentos patentados.

8. Atendido los riesgos identificados precedentemente, Asilfa propone la adopción de las siguientes medidas de prevención: (i) incorporar a las Bases requisitos mínimos de cumplimiento de compromisos previos para que las Instituciones puedan agregar su demanda y participar en licitaciones Cenabast; (ii) confirmar el plazo de pago de 45 días, estableciendo una notificación de morosidad al Establecimiento y a Cenabast, para luego conceder 15 días adicionales para resolver morosidad; (iii) establecer un derecho autónomo de los proveedores de suspender envíos de medicamentos a Instituciones cuya morosidad alcance un nivel objetivo de magnitud, con notificación previa; (iv) incorporar multas, sanciones e intereses a las Instituciones; (v) establecer un estatuto de derechos y obligaciones equilibrado, con resolución de conflictos neutral; (vi) establecer términos y condiciones de compra únicos y razonables que rijan las relaciones entre proveedores e Instituciones; y (vii) reducir la cuantía de las multas y limitar su acumulación, ya que las multas aplicadas por Cenabast resultarían remuneratorias. Esta última medida fue propuesta en la presentación de fojas 556.

9. Documentos acompañados por la Consultante en su presentación de fojas 13: (i) Resolución Afecta N° 272/2014 de Cenabast, de 29 de julio de 2014; (ii) informe de archivo de la Investigación de la FNE N° 1.931/11, de 3 de junio de 2015; (iii) informe "Reporte de Implementación del nuevo modelo de Cenabast, Manual de Procesos y Organigrama Institucional", del Centro de Sistemas Públicos del Departamento de Ingeniería Industrial de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile, de agosto de 2012; (iv) informe "Estudio de Licitaciones de Compras de Medicamentos en Establecimientos Públicos de Salud" de la FNE, de noviembre de 2014; (v) publicación en diario Emol.com de 14 de agosto

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de 2015; (vi) Informe Final de auditoría a Cenabast de la Contraloría General de la República, de 5 de junio de 2014; (vii) balances de Gestión integral de Cenabast de los años 2010 y 2013; y (viii) Términos y condiciones Mandato de administración y compra de Cenabast/programación anual.

10. Asilfa realiza presentaciones para complementar su consulta:

10.1. A fojas 476, Asilfa acompaña el informe “Evaluación Comprehensiva del Gasto de la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud - Cenabast (Periodo 2004 – 2010)”, de Capablanca Ltda., de enero de 2012.

10.2. Según consta a fojas 556, la Consultante presenta un escrito con consideraciones adicionales, en el que destaca la necesidad de las medidas que propone y agrega la propuesta de reducir la cuantía de las multas. Acompañó a esta presentación distintos antecedentes: (i) publicaciones en El Mercurio y Emol.com de 5 de enero de 2016; (ii) informe de auditoría 163-14 de la CGR a Cenabast por Deuda Municipales, de 12 de marzo de 2015; (iii) Resolución Exenta N° 148 de Cenabast, de 14 de enero de 2016, y archivo Excel de respuesta a solicitud de acceso de información; (iv) correo electrónico de funcionaria de Cenabast a proveedor, de 30 de noviembre de 2015; (v) Resolución Exenta N° 817 de Cenabast, de 2 de febrero de 2016; (vi) Resolución Exenta N° 217 de Cenabast, de 15 de enero de 2016, y archivos pdf de respuesta a solicitud de acceso de información; (vii) Resolución Exenta N° 3.592 de Cenabast, de 19 de agosto de 2015, y archivo Excel de respuesta a solicitud de acceso de información; (viii) Resolución Afecta N° 156/12 de Cenabast, de 24 de abril de 2012; (ix) Resolución Afecta N° 184/13 de Cenabast, de 28 de mayo de 2013; (x) Convenios Marco. Formación Continua. Dirección Chile Compra y Convenios Marco. Dirección de Compras y Contratación Pública; (xi) cadena de correo electrónico entre funcionaria de Cenabast y proveedor sobre solicitudes de suspensión de abril de 2015; (xii) Ordinario N° 1.252 de Cenabast, de 26 de mayo de 2015, y Excel con listado de multas a proveedores; (xiii) balance y cuenta pública de Cenabast 2014, de mayo de 2015; y (xiv) archivos Excel con deuda de asociados a la Consultante.

10.3. A fojas 800, efectúa una presentación en que manifiesta que Cenabast no ha informado modificaciones a las Bases y a la cual acompaña: (i) Resolución Afecta N° 379 de Cenabast, de 11 de septiembre de 2015; (ii) Resolución Afecta N° 90 de Cenabast, de 23 de febrero de 2015; y (iii) publicación de noticia en La Tercera de 10 de diciembre de 2015.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

10.4. A fojas 919, Asilfa aporta antecedentes adicionales sobre la falta de respuesta a solicitudes de suspensión de envío de medicamentos. Asimismo, plantea que la falta de pago no estaría fundada en problemas presupuestarios y realiza precisiones sobre su definición de mercado relevante. Acompañó a esta presentación: (i) dos cartas de la Consultante a Cenabast de 26 de septiembre y 6 de diciembre, de 2013; (ii) consulta de Asilfa sobre Licitaciones Públicas de Cenabast, en la causa NC 410-12; (iii) certificado de Cenabast de Disponibilidad Presupuestaria para 2014 y 2015; (iv) comunicación de la Comisión Europea sobre definición de Mercado de Referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, de 1997; y (v) Resolución N° 681/03 de la H. Comisión Resolutiva.

10.5. Luego, a fojas 942, Asilfa acompaña los siguientes documentos: (i) publicación en diario La Tercera de 29 de abril de 2016; (ii) oficio N° 49 de la Fiscalía, de 23 de diciembre de 2015.

10.6. Posteriormente, a fojas 1.026, la Consultante efectúa una presentación en la que explicó el funcionamiento del Convenio Marco de Medicamentos II y cómo criterios establecidos en él para participar pueden ser replicados en las Bases.

10.7. Finalmente, a fojas 1.142, Asilfa acompañó los Balances de Gestión Integral de Cenabast correspondientes a los años 2014 y 2015, junto con una publicación en el diario La Tercera de 28 de noviembre de 2015.

C. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS INTERVINIENTES Y APORTANTES

11. A fojas 526, mediante presentación de 1 de febrero de 2016, la CIF aportó antecedentes. En su presentación, la CIF manifiesta que la Central sería el mayor comprador tanto del Sector Salud como en el rubro de los medicamentos, alcanzando una participación del 59% del mercado público de medicamentos. Atendida la importancia de Cenabast, a juicio de la CIF, ésta debería velar por la implementación de un sistema competitivo y eficiente del sistema de contratación pública para la certidumbre del sector. En este sentido, recalca que el estándar de revisión del Tribunal en materia de bases de licitación tendría por finalidad velar que *“que las condiciones de competencia ex ante aseguren que la ausencia de rivalidad ex post se traduzca de todos modos en las más eficientes condiciones de prestación del servicio en términos de precio, cantidad y calidad ofrecidas”* (Sentencia N° 138/2014).

12. Posteriormente, identifica los siguientes aspectos de las Bases que generarían riesgos para la libre competencia:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

12.1. En relación con el cumplimiento de los requisitos sobre Buenas Prácticas de Manufactura (“BPM”), en primer lugar señala que las BPM constituyen las normas técnicas mínimas establecidas para todos los procedimientos destinados a garantizar la calidad uniforme y satisfactoria de los productos farmacéuticos, dentro de los límites aceptados y vigentes para cada uno de ellos. Luego, destaca que para los oferentes nacionales la certificación de las normas BPM es voluntaria ya que, en su defecto, pueden acompañar la resolución administrativa que autoriza la renovación de funcionamiento del laboratorio indicando su vigencia, sin que esta autorización comprenda el cumplimiento de las medidas de aseguramiento de la calidad en la producción y control de los productos farmacéuticos. En cambio, si se trata de oferentes extranjeros, se debe acompañar el certificado de BPM o un certificado de Producto Farmacéutico. También critica que los oferentes con registros sanitarios otorgados por agencias sanitarias extranjeras sólo puedan acompañar certificados BPM emitidos por las agencias identificadas en las Bases, excluyendo los provenientes de otras entidades que incluso se encuentran reconocidas por el ISP. Según la CIF, lo anterior introduciría elementos discriminatorios entre los oferentes.

12.2. Tratándose de requisitos y condiciones relativas a la certificación de equivalencia terapéutica (certificación BE), la CIF manifiesta que no existe inadmisibilidad de la oferta del medicamento que, debiendo cumplirla, no cumple con la certificación BE, en contraposición a las prácticas impulsadas por el ISP. Agrega que las Bases no hacen referencia a la norma técnica del Ministerio de Salud (“Minsal”) que establece las condiciones para el registro de productos biotecnológicos referentes y biosimilares. Las Bases tampoco se refieren a los productos biológicos y los de síntesis química ni a cómo el oferente debe demostrar la calidad, eficacia y seguridad de los productos biotecnológicos que se pretendan adquirir.

12.3. Por otro lado, plantea que los criterios de evaluación de las ofertas y la asignación de puntaje no incentivan compras públicas eficientes. Lo anterior lo funda en que: (i) no se alcanza la combinación más ventajosa entre precio – calidad, ya que existe una excesiva ponderación del factor económico en desmedro del factor técnico; (ii) no se promueve la oferta de medicamentos bioequivalentes y, por ende, no se aseguraría la calidad de los medicamentos adjudicados como una competencia efectiva entre oferentes que permita la sustitución del medicamento por otro de la misma calidad y eficacia, ya que al subfactor de equivalencia terapéutica se le otorga un bajo puntaje; (iii) existiría una incongruencia entre las normas que obligan a medicamentos a demostrar bioequivalencia y las Bases, porque las Bases no

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

establecen inadmisibilidades o castigos al incumplimiento de los plazos establecidos por la autoridad sanitaria para demostrar su equivalencia terapéutica; (iv) el comportamiento del proveedor es evaluado de manera inexacta y omite variables relevantes, dado que se asigna puntaje a las empresas que demuestren el menor número de multas aplicadas sin considerar el monto de multas, las razones para cursarlas y el tiempo que lleva participando el proveedor en el sistema de compras públicas; (v) el criterio de “experiencia de uso previo del producto ofertado en Chile u otros países” sería arbitrario, puesto que sería aplicable únicamente a programas sobre VIH; y (vi) no existiría un criterio técnico de farmacovigilancia que permita incentivar la detección y evaluación de los efectos adversos de los medicamentos, por no existir obligaciones de informarlos.

12.4. Agrega que no existe un derecho al aseguramiento de la correcta ejecución del servicio adjudicado. En este sentido, plantea que el actual diseño de las Bases no contempla obligaciones para Cenabast que permitan al contratante privado cumplir con el servicio o prestación debidamente, impedir que terceros obstaculicen dicho desenvolvimiento normal o impedir actos de terceros que ilegítimamente afecten la normal prestación del servicio público. Por lo anterior, a juicio de la CIF, a la Central le correspondería asumir obligaciones que permitan facilitar la prestación de servicios por parte de los proveedores.

12.5. La CIF señala que el catálogo de multas de las Bases es desproporcionado y genera incertidumbre para los proveedores al no tener criterios claros para su determinación. Lo anterior lo ejemplifica señalando que las sanciones pueden alcanzar hasta el 10% del valor total neto del ítem no cumplido.

12.6. Finalmente, la CIF critica el funcionamiento sobre el pago de precio y niveles de endeudamiento de las instituciones de salud. En relación con este problema propone lo siguiente: (i) pago de facturas de 45 días debe ajustarse a 30; (ii) permitir el cobro de intereses por mora, reajuste e indemnización de los costos para cobros; (iii) establecer una manera de suspender la ejecución del suministro de medicamentos transcurrido a lo más 90 días; y (iv) las Bases debieran tener un trato diferenciado respecto de instituciones deudoras con convenios de pago, limitando su participación o aplicando sanciones e incentivos.

12.7. A su presentación la CIF acompaña los siguientes antecedentes: (i) informe “Observaciones de la Cámara de la Innovación Farmacéutica (CIF Chile) a las Bases de Licitación – Cenabast”, de 11 de junio de 2015; y (ii) documento “Deuda vencida CENABAST y Hospitales Públicos. Datos octubre 2015”, de enero de 2016.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

13. Posteriormente, a fojas 873, la CIF acompaña el documento “Desglose deuda vencida Hospitales Públicos. Datos octubre 2015”, relativo a los niveles de deuda de sus asociados.

14. Finalmente, a fojas 1.151, la CIF actualiza la información sobre deudas de sus asociados acompañando los documentos “Desglose deuda vencida Hospitales Públicos Octubre 2015 a abril 2016” y “Deuda vencida Cenabast y Hospitales Públicos octubre 2015 a abril 2016”.

15. A fojas 547, mediante presentación de 2 de febrero de 2016, la Superintendencia de Salud aporta antecedentes, detallando la regulación del derecho a la salud contemplado en el N° 9 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

16. En este contexto, señala que el año 2005, mediante la Ley N° 19.966, que establece un Régimen de Garantías en Salud, se otorgó a los beneficiarios las prestaciones que este régimen establece, dentro de las cuales están las Garantías Explícitas en Salud (GES). Esta ley contiene la Garantía Explícita de Acceso, de Calidad, de Oportunidad y de Protección Financiera. En este sentido, mediante Decreto del Ministerio de Salud y del Ministerio de Hacienda se establecieron y arancelaron las prestaciones que se requieren para el diagnóstico de un problema de salud priorizado y su tratamiento o seguimiento. Dentro del concepto prestaciones se incluyen medicamentos, artículos farmacéuticos y de laboratorio, entre otros.

17. Agrega que con la Ley N° 20.850, que crea un Sistema de Protección Financiera para Diagnósticos y Tratamientos de Alto Costo (Ley Ricarte Soto), se estableció un sistema adicional de protección dentro del Régimen General de Garantías en Salud.

18. La Superintendencia sostiene que la disponibilidad de medicamentos y otros insumos médicos es indispensable para el sistema de salud en su conjunto, principalmente en su provisión para el debido cumplimiento de las acciones de salud y que no se encuentran sujetas a un sistema de garantías explícitas o de priorización, por lo que cualquier medida que implique la suspensión en su entrega constituye un riesgo de provisión para los beneficiarios del sistema de salud, impactando negativamente el cumplimiento de las garantías explícitas.

19. Añade que la provisión de medicamentos e insumos médicos corresponde a la ejecución de contratos que trascienden el ámbito de las relaciones privadas y se enmarcan en el contexto de la satisfacción de las necesidades públicas y de interés general a través de proveedores idóneos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

20. Finalmente, sostiene que la no entrega oportuna de bienes y servicios sanitarios podría derivar en una eventual responsabilidad patrimonial en materia sanitaria por falta de servicio.

21. Con fecha 5 de febrero de 2016, Cenabast aportó antecedentes mediante un escrito que rola a fojas 709 de autos. En su presentación la Central se refirió, en primer término, a la función que ella cumple. Señala que ella fue creada con la finalidad de satisfacer las necesidades de los organismos que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud o adscriban a él, o tengan entre sus fines ejercer acciones de salud en favor de sus beneficiarios. Para ello inicia un procedimiento de programación de compra para las Instituciones, la que luego de ser consolidada, deriva en llamados a licitaciones u otros procedimientos de compra, según corresponda.

22. En relación con su modelo de negocio, reconoce que las Bases son la normativa que rige la relación entre la entidad licitante y el proveedor, las que posteriormente son reproducidas en los contratos que se suscriben con los proveedores adjudicados. Cenabast revisa y modifica sus bases de licitaciones con el objeto de prevenir la existencia de barreras que desincentiven la participación de oferentes y mejorar la aplicación práctica de las Bases. Por ello es que el modelo de compras ha ido cambiando. Destaca que los proveedores tienen absoluto y perfecto conocimiento de los potenciales clientes en las licitaciones que realiza la Central. Afirma que con el cambio de modelo disminuyó la participación de Cenabast en el Gasto devengado de farmacia del SNSS.

23. Luego, precisa que ella sólo tiene un mandato especial de compra con los Establecimientos, por lo que se obliga para con sus mandantes y no con el proveedor. Respecto de la relación con los proveedores, ésta es regulada por las Bases, la resolución adjudicatoria y el correspondiente contrato.

24. Por otro lado, reconoce que ella es la principal compradora de medicamentos en el Portal Mercado Público, pero que no representa el mayor porcentaje de compra de la canasta hospitalaria de medicamentos.

25. Cita el estudio de la FNE, Estudio de Licitaciones de Compras de Medicamentos en Establecimientos Públicos de Salud, que rola a fojas 240, en el que se señala que “[...] las licitaciones de CENABAST que fueron analizadas por la FNE no habrían incluido condiciones o criterios discriminatorios como los analizados en este estudio, por lo que promoverían de forma efectiva la penetración de fármacos con acreditación de equivalencia terapéutica y con ello la competencia”.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

26. En cuanto a la consulta de autos, sostiene que ella no se encuentra habilitada para demandar a instituciones dependientes del Minsal, pero sí respecto de Municipalidades y Corporaciones Municipales, mientras que los proveedores pueden solicitar el cobro judicial de sus acreencias contra todos sus deudores.

27. En relación a la suspensión de entregas de medicamentos, afirma que, a diciembre de 2015, se han dictado más de mil resoluciones autorizando la suspensión de entrega de productos por no pago de factura, por lo que no existiría en su otorgamiento el componente político que señala Asilfa. Agrega que existe un instructivo sobre el proceso de suspensión de entregas que regula las condiciones objetivas para la suspensión, por lo que la referida autorización no sería un acto discrecional. Manifiesta que incluso el 2014 se creó, dentro del Departamento de Gestión de Contratos, el subdepartamento de Control de Contratos, el cual vela por que se cumplan los procesos de las Bases y que ha creado un catastro histórico de solicitudes de suspensión.

28. También señala que no es posible establecer un derecho autónomo de los proveedores para la suspensión de entrega a los clientes morosos, pues sería contrario a su naturaleza de órgano público. Lo anterior, considerando especialmente las Garantía Explícitas de Salud contempladas en la ley N° 19.966. En este sentido, argumenta que la provisión de medicamentos trasciende el ámbito de relaciones entre partes privadas abarcando necesidades públicas y de interés general.

29. Por otro lado, destaca lo resuelto por la CGR en su Dictamen N° 4129/2008, el cual descartó el establecimiento de multas o cláusulas penales en los acuerdos de voluntades que celebren los servicios públicos entre sí. Asimismo, descartó la existencia de una obligación genérica de garantizar el cumplimiento de compromisos entre organismos de la Administración del Estado.

30. A mayor abundamiento, menciona que, con el objetivo de mejorar las relaciones entre proveedores e instituciones, implementó un programa de información de entregas. Sin embargo, planteó que los proveedores no cooperaron en esta tarea, ya que sólo el 74% proveyó dicha información, a pesar de ser obligatorio.

31. Finalmente, sostiene que la diferencia en el plazo de pago respecto de los establecimientos autogestionados tiene su fundamento en el Decreto Supremo N° 38/2005.

32. La Central acompaña los siguientes antecedentes a su presentación de fojas 709: (i) Resolución Exenta N° 03283 de Cenabast, de 15 de diciembre de 2011; (ii)

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ordinario N° 15936 de Cenabast, de 28 de diciembre de 2011; (iii) Ordinario N° 7673 de Cenabast, de 7 de agosto de 2012; (iv) Resolución Exenta N° 1848 de Cenabast, de 18 de julio de 2012; (v) Resolución Exenta N° 1888 de Cenabast, de 30 de mayo de 2014; (vi) Proyecto de Acuerdo N° 345 de la Cámara de Diputados, de 17 de mayo de 2011; (vii) Ordinario N° 2035 de Cenabast, de 27 de julio de 2015; (viii) Ordinario N° 2730 de Cenabast, de 21 de septiembre de 2015; (ix) Ordinario N° 3271 de Cenabast, de 16 de octubre de 2015; (x) Ordinario N° 3646 de Cenabast, de 12 de noviembre de 2015; (xi) Ordinario N° 3634 de Cenabast, de 12 de noviembre de 2015; (xii) Ordinario N° 3635 de Cenabast, de 12 de noviembre de 2015; (xiii) Resolución Afecta N° 164/2011 de Cenabast, de 31 de agosto de 2011; (xiv) Resolución Afecta N° 197/2011 de Cenabast, de 9 de septiembre de 2011; (xv) Resolución Afecta N° 229 de Cenabast, de 14 de octubre de 2011; (xvi) Resolución Afecta N° 156 de Cenabast, de 24 de abril de 2012; (xvii) Resolución Afecta N° 184 de Cenabast, de 28 de mayo de 2013; (xviii) Resolución Afecta N° 272/2014 de Cenabast, de 29 de julio de 2014; (xix) Resolución Afecta N° 90 de Cenabast, de 23 de febrero de 2015; (xx) Resolución Afecta N° 379 de Cenabast, de 11 de septiembre de 2015; y (xxi) Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Salud.

33. A fojas 1.834, la Central acompaña antecedentes adicionales sobre los asociados a Asilfa, sus contrataciones con Cenabast y las resoluciones de la Central que han autorizado la suspensión de envíos de medicamentos.

34. El 5 de febrero de 2016 la Fiscalía Nacional Económica aporta antecedentes mediante un escrito que rola a fojas 742 de autos. En su presentación realiza la prevención de que se limitó a analizar los posibles riesgos anticompetitivos de las Bases bajo la modalidad de distribución directa, excluyendo el análisis de la deuda histórica que tiene Cenabast con los proveedores y la que tienen las Instituciones con Cenabast producto del modelo de compras centralizadas bajo modelos anteriores a la Resolución Afecta N° 272/2014.

35. En cuanto al análisis que realiza la Fiscalía, en primer lugar expone una caracterización de la industria farmacéutica y el canal institucional, explicando que los productos farmacéuticos pueden ser distribuidos por el canal *retail* o institucional. Este último se encontraría conformado por los prestadores institucionales de salud, públicos o privados, que adquieren medicamentos para su uso en el marco de las prestaciones que otorgan. Según datos de la Fiscalía, el mercado total, el año 2014, fue de U\$1.721 millones, correspondiendo el 73,6% al canal *retail* y el restante 26,4% al canal institucional. En este contexto, afirma que laboratorios representados por Asilfa representaron el 15,6% de las ventas totales del mercado de los medicamentos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en Chile durante el año 2014, esto es considerando ambos canales.

36. Respecto del canal institucional, reporta que en el 2014 Cenabast representó el 39,5% de los montos de intermediación en fármacos e insumos médicos del SNS. No obstante lo anterior, reconoce que este cálculo excluye un importante número de instituciones e incluye productos distintos a los medicamentos. Considerando lo anterior, a juicio de la FNE, las compras realizadas por Cenabast representarían el 37% del canal institucional para el año 2014.

37. Tratándose de prestadores de salud del sector público, ellos tienen la posibilidad de adquirir medicamentos por cuenta propia o a través de Cenabast. Por su parte, la adquisición de medicamentos a través de Cenabast puede ser bajo tres modalidades: (i) convenios marco; (ii) licitaciones efectuadas a través del Portal Mercado Público; o (iii) trato directo con los proveedores en caso de emergencias, importaciones o que exista un sólo oferente para el producto requerido.

38. Después de realizar estas contextualizaciones, la FNE hace un recuento de los distintos modelos de negocios de la Central, resumiendo el contenido de las Resoluciones Afectas N^{os} 156/2012, 184/2013 y 272/2014 de la Central.

39. Luego, realiza un análisis de la consulta de autos criticando algunos aspectos de ella. En primer término, discrepa de Asilfa en cuanto al mercado relevante afectado, ya que este dependería en cada caso del medicamento específico que sea licitado, por lo que el análisis del potencial anticompetitivo de las Bases difícilmente puede ser realizado en abstracto y *ex ante*. En el caso de fármacos de prescripción, el mercado relevante se encontraría determinado por el principio activo; mientras que en aquellos de venta directa, el mercado estaría circunscrito a todos los medicamentos que compartan la misma finalidad terapéutica.

40. Luego, manifiesta que los datos de morosidad aportados en la Consulta no dicen relación con el modelo de compras objeto de la consulta, sino que con modelos anteriores. No obstante, afirma que bajo el modelo actual de las Bases, la deuda ha aumentado un 24% desde el 2012, mientras que las ventas han crecido un 39% para el canal institucional en igual período. Indica que las deudas vencidas agregadas apenas superan el 2,5% de las ventas totales de los laboratorios y que tampoco superan el 7% de las ventas en el canal institucional de los asociados de Asilfa. En consecuencia, concluye que el nivel de morosidad difícilmente podría tener efectos anticompetitivos.

41. A juicio de la FNE, los problemas de morosidad tendrían su origen en el déficit presupuestario con el que operan algunas instituciones de salud. En este contexto,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cenabast generaría un ahorro de 34,9% en promedio, en comparación con el precio al que las Instituciones acceden a través del portal mercado público, por lo que restar a las instituciones morosas podría agravar el problema presupuestario.

42. Agrega que no habría discriminación en los plazos en los que las instituciones de salud pagan a sus proveedores, si se consideran las distintas modalidades bajo las cuales son adquiridos los medicamentos (trato directo, mercado público o licitaciones).

43. Finalmente, recalca que el pago oportuno es una obligación de carácter contractual, por ende, los proveedores pueden presentar las acciones judiciales correspondientes e, incluso, pueden solicitar la suspensión de entregas futuras. Así, no ve la necesidad de modificar o complementar el marco regulatorio relativo a los derechos de los proveedores para obtener el cumplimiento de las obligaciones de pago por parte de los Establecimientos.

44. A modo de conclusión, señala que las Bases no merecen actualmente reproche desde el punto de vista de eventuales efectos anticompetitivos que podría generar respecto de los proveedores adjudicados. Sin perjuicio de lo anterior, la FNE señala que Cenabast debiera monitorear el buen funcionamiento del derecho a suspender la entrega de medicamentos, velando que la autorización no sea discrecional y que el procedimiento sea expedito y sencillo.

45. El 5 de febrero de 2016, a fojas 810, Pharma Investi de Chile S.A. aporta antecedentes.

46. Pharma Investi expresa que, en general, comparte los cuestionamientos de Asilfa. Sin embargo, reconoce que existen otros problemas con las Bases que impiden que ella participe libremente y en igualdad de condiciones con otros oferentes. En concreto, señala que habría una preferencia de Cenabast por certificaciones de agencias sanitarias extranjeras en desmedro de la certificación nacional del ISP de la calidad, seguridad y eficacia de los productos farmacéuticos que son comercializados en nuestro país. Lo anterior se reflejaría en que se requiere adjuntar certificados de BPM de ciertas agencias extranjeras mencionadas taxativamente en las Bases, eliminando la posibilidad de que productos de otra procedencia puedan ser ofertados al sector público, aun cuando pueden ser comercializados en Chile.

47. Lo anterior, supondría la creación de barreras de entrada, por lo que Pharma Investi no podría participar en licitaciones con sus productos fabricados en Uruguay, a pesar de que para su comercialización en Chile sólo requieren de registro sanitario

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

otorgado por el ISP. De esta manera, la Central privilegiaría productos fabricados en países arbitrariamente seleccionados ya que, si no se cuenta con esos certificados BPM, no se puede participar en las licitaciones.

48. Finalmente, sostiene que, en el “Estudio de licitaciones de compras de medicamentos en establecimientos de salud”, que rola a fojas 240, la FNE habría criticado la creación de barreras en procesos licitatorios de medicamentos señalando que *“quienes elaboren las bases de los establecimientos de la Red Asistencial deben, junto con respetar la regulación vigente en materia de compras públicas, la que rehúye el trato desigual entre competidores y busca la mejor combinación de factores favorables al organismo, incorporar la normativa en materia de equivalencia terapéutica. La coherencia entre los criterios de certificación de calidad exigidos por ISP y los criterios utilizados en sus licitaciones por parte de los establecimientos de salud operan como resguardo de la competitividad de la licitación a nivel de diseño de las bases”*.

49. A fojas 833, el 12 de febrero de 2016, el Instituto de Salud Pública hace presente que no tenía competencia alguna para pronunciarse sobre la Consulta, por cuanto ésta no diría relación con aspectos sanitarios.

50. A fojas 846, el 15 de marzo de 2016, la Cámara Nacional de Laboratorios Canalab A.G., respondiendo un requerimiento de información por parte del Tribunal, aporta información sobre la deuda que tienen sus asociados con las instituciones de salud.

D. AUDIENCIA PÚBLICA

51. A fojas 950 consta la citación a la audiencia pública de rigor para el día 22 de junio de 2016, a las 10:00 horas. La publicación correspondiente se efectuó el día 25 de mayo de 2016 en el Diario Oficial, según consta a fojas 1.024.

52. En la audiencia pública intervinieron los apoderados de la Consultante, de la CIF, de Pharma Investi y de Cenabast.

II) PARTE CONSIDERATIVA

E. OBJETO DE LA CONSULTA, ACTO CONSULTADO Y METODOLOGÍA

53. El objeto de esta consulta es obtener un pronunciamiento de este Tribunal acerca de la conformidad que tendrían las Bases al D.L. N° 211. Éstas establecen el marco bajo el cual Cenabast licitará las futuras adquisiciones de fármacos, dispositivos médicos e insumos o alimentos que las Instituciones le encargan. Así,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

las Bases no establecen las condiciones de adquisición de un medicamento o insumo médico en particular, puesto que se trata de bases tipo, cuyos términos generales se replican en las bases particulares que la Central dicta al momento de llamar a una licitación. Cabe mencionar que las Bases regulan la mayoría de las licitaciones realizadas por Cenabast, pero para ciertos productos o servicios no estandarizados se deben elaborar bases específicas no relacionadas con el acto consultado.

54. Para analizar el acto consultado, se adoptará la siguiente metodología: (i) en primer lugar, se hará una breve explicación de los presupuestos necesarios para determinar cuándo existe una afectación a la libre competencia en procesos licitatorios; (ii) luego, se analizará si los antecedentes presentados en este proceso no contencioso permiten verificar los supuestos de la afectación; (iii) en tercer lugar, sin perjuicio de lo anterior y sólo a mayor abundamiento, se analizará si Cenabast tiene una participación en la industria farmacéutica que permita deducir una eventual afectación de la libre competencia en los mercados que la componen, pese a la imposibilidad de identificar el mercado relevante afectado.

55. Aplicando esta metodología, como se verá en los párrafos siguientes, se concluye que las Bases no permiten identificar el mercado relevante del producto licitado, elemento esencial para el análisis de competencia y que, en cualquier evento y de manera general, el bajo porcentaje de participación de la Central como compradora en la industria farmacéutica permite descartar, en principio, que sus bases tipo afecten la libre competencia. Lo anterior es sin perjuicio de los problemas de competencia que se puedan presentar respecto de las bases de licitación de un medicamento o insumo médico en específico.

F. LIBRE COMPETENCIA Y BASES DE LICITACIÓN

56. En términos económicos, una licitación es un modo de selección del proveedor de un bien o servicio mediante concurso. En aquellos casos que una licitación es no discriminatoria, objetiva y transparente, ésta es competitiva.

57. Tal como se señaló en la Sentencia N° 118/2012, las licitaciones para adquirir bienes o servicios *“son aptas para crear mercados nuevos, eliminar o reemplazar los existentes, o afectar positiva o negativamente la competencia en unos u otros, dependiendo de las características y estructura de los mercados en que inciden, así como de las condiciones o requisitos de participación que se establezcan en las respectivas licitaciones o concursos”* (consideración sexta). Dado lo anterior, la conducta tanto de compradores como de oferentes en el marco de una licitación podría afectar la libre competencia.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

58. En el caso en estudio, las licitaciones permitirían a Cenabast seleccionar al proveedor (o vendedor) más adecuado de fármacos, dispositivos médicos e insumos o alimentos. En este contexto, cabe señalar que las *“normas de protección de la libre competencia son de orden público y por ende aplicables a todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, en cuanto éstas concurren al mercado, de manera que es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el llamado a resolver si ha tenido lugar alguna infracción”* (Sentencia de la Excm. Corte Suprema, rol N° 6100/2010, que acoge reclamación en contra de Sentencia del TDLC N° 100/2010). Por ende, el D.L. N° 211 resulta plenamente aplicable a las licitaciones de Cenabast.

59. En cuanto al análisis de libre competencia en lo referente a bases de licitación, el interés público protegido en esta sede es la libre competencia en el mercado. Lo anterior se debe a que *“[e]n Chile, al igual que en el derecho comparado, es claro que la preocupación de derecho de la competencia no es proteger competidores, sino el proceso competitivo”* (Sentencia N° 138/2014, consideración decimonovena). Por tanto, en este caso, la afectación de la libre competencia por el licitante (o comprador) exige alegar y demostrar que éste tiene poder de compra, esto es, la capacidad de afectar no sólo a unos oferentes en particular sino que la oferta en general, como ocurre cuando hay poder de compra.

60. En consecuencia, no bastaría con acreditar que las bases de licitación que se analizan contienen elementos arbitrarios o discriminatorios para concluir que afectan la libre competencia. En otras palabras, la afectación de la libre concurrencia de los oferentes en un proceso licitatorio no afecta, necesariamente, la libre competencia en el mercado. Así fue resuelto en la Sentencia N° 114/2011, en la que se señaló que el incumplimiento de la obligación especial que le asiste al Estado de promover la máxima competencia en los actos de contratación de los organismos públicos *“no debería asimilarse necesariamente a una infracción al artículo 3° del Decreto Ley N° 211 cuando, como ocurre en la especie, el Estado no tiene poder de mercado del que pueda abusar”* (consideración trigésima quinta).

61. De esta manera, para que un comprador (o licitante) pueda afectar la libre competencia en el mercado es necesario que: (i) cuente con poder de compra en el mercado relevante del producto, esto es, que pueda negociar precios, condiciones o volúmenes de compra distintas a las que existirían en una situación de competencia; y (ii) actúe de modo arbitrario o discriminatorio, abusando de su poder de compra, es decir, incurriendo en prácticas exclusorias de oferentes basadas en razones ajenas a la eficiencia, innovación o mejora en la calidad de los productos. Por consiguiente, el interesado deberá alegar y probar ambos elementos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

62. En consecuencia, por regla general, no es posible determinar la afectación de la libre competencia por parte del órgano licitante sin determinar el mercado relevante del producto licitado. Definido este mercado relevante, es preciso determinar si concurren los requisitos para configurar un problema de libre competencia en el mismo por parte del comprador.

G. BASES TIPO Y MERCADO RELEVANTE

63. Para efectos de determinar el mercado relevante de autos, se debe tener presente que, como señala la Resolución N° 272/2014, el acto consultado son bases tipo, pues el producto licitado se refiere genéricamente a *“fármacos, dispositivos médicos e insumos o alimentos, bajo la modalidad de distribución directa destinados al apoyo del ejercicio de acciones de salud”*.

64. Asilfa señaló en su consulta que el mercado relevante consistiría *“en la distribución mayorista o aprovisionamiento de medicamentos por laboratorios farmacéuticos o importadores de medicamentos a entidades públicas de salud cuya demanda es agregada y satisfecha mediante la realización de licitaciones de compra pública de medicamento reglamentadas por la Resolución 272”* (fojas 449).

65. Sin embargo, la enumeración genérica de productos farmacéuticos no permite determinar el mercado relevante, pues se trata de productos cuya comercialización puede constituir diferentes mercados, en razón de las características singulares de cada medicamento.

66. En efecto, esta magistratura ha señalado en sus Sentencias N°s 51/2007, 59/2007 y 125/2012 que existen medicamentos de venta directa u “OTC” –*“over the counter”*–, en los cuales el mercado relevante está determinado por la finalidad terapéutica del medicamento; y medicamentos “éticos” –aquellos que son comercializados exclusivamente con receta médica–, en los que el mercado relevante queda determinado por el principio activo del mismo. Esta distinción se basa en que, en el primer caso, es el consumidor quien escoge directamente qué medicamento utilizar para una dolencia en particular; mientras que, en el segundo, el medicamento es elegido por un tercero –el médico tratante–, lo que limita las posibilidades de sustitución.

67. En igual sentido, a fojas 748 y siguientes, la FNE realiza una serie de consideraciones respecto a la definición de mercado relevante en el caso de autos. Menciona que *“a nivel comparado en casos de medicamentos, en general el análisis de los mercados relevantes involucrados tiene como punto de partida la clasificación ATC de la Organización Mundial de la Salud (“OMS”). Esta clasifica a los distintos*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

medicamentos de acuerdo al sistema anatómico sobre el que estos actúan, además de por sus características químicas, farmacológicas y propiedades terapéuticas”. Por esta razón, señala la FNE, “el mercado relevante afectado dependerá en cada caso del medicamento específico que sea licitado por Cenabast”, de acuerdo a “factores tales como las características del producto licitado, la cantidad de oferentes en el mercado, la presencia de patentes de invención, el poder de mercado que puedan tener los laboratorios, entre otros”. Concluye, por tanto, que el “potencial anticompetitivo de las bases de licitación establecidas por la Resolución 272 difícilmente puede ser realizado en abstracto y ex ante, por cuanto no existe un mercado debidamente definido”.

68. En virtud de lo expuesto, la formulación del producto licitado en términos genéricos impide determinar su mercado relevante y no permite analizar si las Bases afectan la libre competencia. Siendo el mercado relevante un elemento esencial de este análisis, la imposibilidad de precisarlo descarta también la posibilidad de determinar el poder de compra del órgano licitante, segundo presupuesto necesario para acreditar una eventual afectación del interés público protegido en esta sede.

H. PARTICIPACIÓN DE CENABAST EN LA INDUSTRIA FARMACEUTICA

69. Sin perjuicio de lo anterior y sólo a mayor abundamiento, el bajo porcentaje de participación de Cenabast como comprador en la industria farmacéutica también permite desestimar una eventual afectación de los mercados que la componen. El análisis que se expone a continuación así lo confirma.

70. En Chile existen alrededor de 60 laboratorios con autorización para distribuir alguno de los medicamentos que forman parte de las clases terapéuticas autorizadas por el ISP. Todos ellos pueden vender sus productos a través de dos canales: el canal *retail* y el canal institucional.

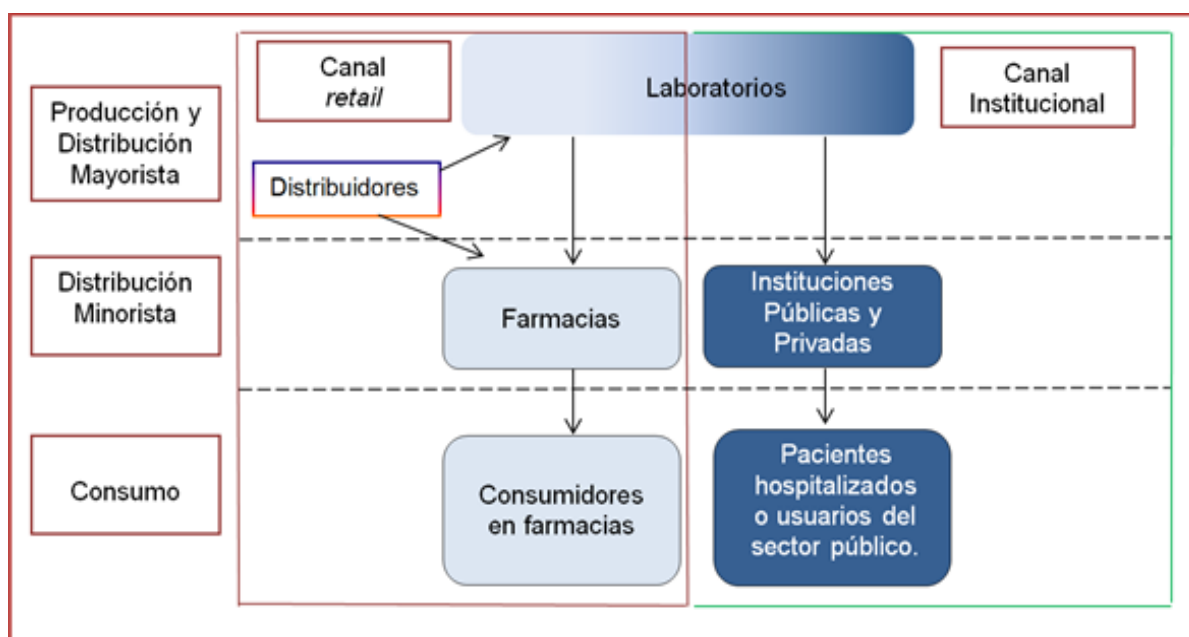
71. El canal *retail* se caracteriza por la venta de medicamentos a través de farmacias –Cruz Verde, Salcobrand y FASA tenían en conjunto más del 90% de participación el año 2010, según el informe de archivo de la investigación N° 1931-2011 de la FNE–. El canal institucional está compuesto por todos los prestadores de salud, públicos y privados –tales como hospitales, clínicas, consultorios, fundaciones y municipalidades–, que requieren de productos farmacéuticos para el tratamiento de sus pacientes.

72. En cuanto a las ventas de fármacos, estas se concentran principalmente en el canal *retail*. Según lo señalado por la FNE a fojas 746, las ventas de fármacos a través de farmacias representaron el 73,6% del total de ventas de medicamentos a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

nivel nacional el año 2014, excluyendo las ventas realizadas a clínicas privadas. El 26,4% restante de las ventas se realizaron a través del canal institucional. La misma Fiscalía, en su informe de archivo de la investigación N° 1931-2011, mencionaba que, el 2010, el 8% de las ventas totales de fármacos en Chile fueron a clínicas privadas, el 22% al sistema público y el 70% a farmacias.

Figura 1
Resumen Canales de Comercialización de Medicamentos



Fuente: Informe de Archivo Rol 1931-11 FNE

73. Dentro de los participantes del canal institucional se encuentra Cenabast, el que cumple un rol de intermediación entre los laboratorios farmacéuticos y las instituciones de salud. Su existencia permite alcanzar un resultado más eficiente al agrupar los requerimientos de los servicios de salud y disminuir el número de transacciones entre estos y los laboratorios farmacéuticos. La FNE en su “Estudio de licitaciones de compras de medicamentos en establecimientos públicos de salud”, de noviembre de 2014, menciona que *“respecto de la elaboración de bases de licitación con criterios con potencial anticompetitivo, el hecho de que las licitaciones sean gestionadas mediante una institución central como la Cenabast puede ayudar a sortear este tipo de barreras, aprovechando la experiencia e información acumulada por la institución en las especificaciones propias de la compra de medicamentos. A su vez, debido al volumen de compra y los plazos comprometidos, las licitaciones de Cenabast se realizan en menor número, lo que permite mejorar su fiscalización por organismos externos, aumentando su transparencia. Una muestra de lo anterior es que las licitaciones de Cenabast que fueron analizadas por la FNE no habrían incluido condiciones o criterios discriminatorios como los analizados en este estudio, por lo que promoverían de forma efectiva la penetración de fármacos con acreditación de equivalencia terapéutica y con ello la competencia”*.

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

74. Según información aportada por Asilfa, Cenabast y la FNE, a fojas 429, 721 y 751 respectivamente, la Central ha representado históricamente entre el 31% y 52% del total de ventas realizadas en el canal institucional. Respecto a estas cifras la propia Cenabast, a fojas 721, señala que, si bien la Central es el principal comprador de medicamentos en el portal mercado público, no representa el mayor porcentaje de compra de la canasta hospitalaria de medicamentos. Ello, en atención a que todos los prestadores de salud del SNSS –o adheridos a él– pueden abastecerse a través de las distintas vías contempladas en la Ley N° 19.886 sobre compras públicas. Así, el artículo 68 del DFL 1 del Ministerio de Salud afirma que la intermediación realizada por Cenabast es “*sin perjuicio de la facultad de los Servicios de Salud y otros organismos o entidades del Sistema para adquirir dichos elementos (los medicamentos) de otros proveedores*”.

**Cuadro 1
Participación de Cenabast en Gasto en Farmacia del SNSS**

2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
35%	39%	47%	48%	49%	42%	34%	31%	40%	40%

Fuente: Cenabast fojas 721. Elaborado en base a datos Balance Gestión Integral Cenabast 2010, 2013, 2015.

**Cuadro 2
Evolución de Venta de Medicamentos en el Canal Institucional (cifras en millones de pesos a diciembre de cada año)**

Año	Cenabast [A]	Otros (1) [B]	Total Canal Institucional [A]+[B]	Cenabast [%]	Otros [%]
2013	155.082	200.609	355.691	44%	56%
2014	123.029	206.821	329.850	37%	63%
2015	225.038	206.092	431.130	52%	48%

(1) Incluye ventas a Hospitales, FF.AA., Servicios de Salud, Universidades, Municipios y otros afines. Fuente: FNE fojas 752. Elaboración FNE en base a datos de Tech-K. Información disponible en http://asilfa.cl/ASILFA_CHILE/estadisticas/mercado-institucional/ano-2015/

75. Ahora bien, si se considera la participación de Cenabast en la industria de venta de medicamentos, que incluye tanto el canal *retail* como el institucional, ésta fluctuaría únicamente entre el 5,425% y 10,92% del universo total de ventas de medicamentos. Lo anterior considerando que el canal institucional constituye entre un 25% y 30% del total de ventas de medicamentos, que Cenabast intermedia entre un 31% y 52% de este 25-30%, y que el 70% de las compras de Cenabast son a través de licitaciones.

76. La información anterior permite concluir que la participación de Cenabast en la industria farmacéutica es considerablemente baja, por lo que no es posible

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

deducir una posible afectación de los mercados que la componen, a diferencia de casos anteriores en que la participación del comprador era relevante (véase, por ejemplo, Sentencia N° 9/2004).

I. CONCLUSIÓN

77. De lo analizado, este Tribunal concluye que no existen antecedentes en autos que permitan sostener que las Bases no se ajustan al D.L. N° 211. En efecto, atendido que las Bases no se refieren a un producto en particular, no es posible definir el mercado relevante en el que se insertan. Por ende, no es posible determinar si Cenabast tiene poder de compra y, consecuentemente, si las Bases afectan el proceso competitivo. Por este motivo, este Tribunal no propondrá la adopción de medidas.

78. No obstante lo anterior, los volúmenes de compra efectuados en virtud de las Bases tampoco permiten considerar, en principio, que el asunto consultado infrinja lo dispuesto en el D.L N° 211. En efecto, las licitaciones normadas por las Bases representarían un volumen menor del total de las ventas de medicamentos.

79. Sin perjuicio de lo anterior, nada impide que terceros que pudieren verse afectados por eventuales infracciones a la libre competencia presenten las acciones o consultas que en su concepto procedan respecto de bases de licitación de Cenabast particulares, referidas a un producto determinado.

III) PARTE RESOLUTIVA

De conformidad con los antecedentes que obran en autos, y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1°, 3°, 18° y 31° del Decreto Ley N° 211,

SE RESUELVE:

Declarar que no existen antecedentes en autos que permitan concluir que el asunto consultado por la Asociación Industrial de Laboratorios Farmacéuticos Chilenos A.G. a fojas 413, relativo a la Resolución Afecta N° 272/2014 dictada por la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, la cual contiene las Bases Administrativas Tipo que Rigen los Procesos de Licitación Pública de Compra de Medicamentos, Dispositivos e Insumos Médicos y Alimentos bajo la Modalidad Distribución Directa Destinados al Apoyo del Ejercicio de Acciones de Salud, sea contrario al Decreto Ley N° 211.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Notifíquese personalmente o por cédula a todos los intervinientes y archívese, en su oportunidad.

Rol NC N° 432-15

Pronunciada por los Ministros Enrique Vergara Vial, Presidente, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales y Sr. Jaime Arancibia Mattar. Autorizada por la Secretaria Abogada, María José Poblete Gómez.