

S/C 12^{RO}

742



FISCALIA
NACIONAL
ECONOMICA

- EN LO PRINCIPAL** : Aporta antecedentes.
- PRIMER OTROSÍ** : Acompaña versión electrónica del informe.
- SEGUNDO OTROSÍ** : Acompaña antecedentes confidenciales, con citación.
- TERCER OTROSÍ** : Solicita confidencialidad.
- CUARTO OTROSÍ** : Acompaña versión pública, con citación.
- QUINTO OTROSÍ** : Téngase presente personería.
- SEXTO OTROSÍ** : Acompaña documentos, con citación.
- SEPTIMO OTROSÍ** : Patrocinio y poder.
- OCTAVO OTROSÍ** : Se tengan presentes correos electrónicos.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

MARIO YBAR ABAD, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S), con domicilio en Huérfanos N° 670, piso 9, comuna de Santiago, en autos caratulados **“Consulta de ASILFA A.G. sobre la Resolución N° 272, que contiene las Bases Administrativas Tipo que Rigen los Procesos de Licitación Pública de Compra de Medicamentos”**, Rol NC N° 432-15, a este H. Tribunal respetuosamente digo:

Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39, letra e), del Decreto Ley N° 211, y la resolución de este H. Tribunal de fecha 3 de diciembre de 2015, vengo en aportar antecedentes en estos autos, en los términos siguientes:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 16 de noviembre de 2015 la Asociación Industrial de Laboratorios Farmacéuticos Chilenos A.G. (**“ASILFA”** o **“Consultante”**) presentó ante este H. Tribunal una consulta (**“Consulta”**), de acuerdo a lo establecido en el artículo 18 N° 2 y N° 3 del Decreto Ley N° 211, relativa a la normativa que regula la libre competencia de la Resolución Afecta N° 272, de fecha 29 de julio de 2014 (**“Resolución 272”**), dictada por la Central de Abastecimiento

del Sistema Nacional de Servicios de Salud (“CENABAST”) que contiene las bases administrativas y técnicas tipo por las que se rigen los procesos de licitación para la adquisición de fármacos, dispositivos médicos, insumos y alimentos, bajo la modalidad de “distribución directa”, destinados al apoyo del ejercicio de acciones de salud (“Bases”).

2. Según lo señalado por ASILFA, la Resolución 272, que incidiría en todas las compras públicas concentradas de medicamentos, contiene ciertos aspectos y cláusulas que podrían generar o estar generando riesgos para la libre competencia. Estos aspectos son los siguientes:
 - (i) Permitir la agregación de demanda de medicamentos de instituciones históricamente morosas.
 - (ii) Establecer un sistema de derechos, obligaciones, sanciones y garantías favorables a la parte compradora. Es decir, no otorgar derechos autónomos a los proveedores para evitar el riesgo financiero derivado de la morosidad y falta de pago de las instituciones, permitiendo que, en la práctica, se extiendan los plazos de pago y obligando a los proveedores impagos a mantener el suministro de medicamentos.
3. Por otra parte, afirma la Consultante que el mercado relevante sería la *“distribución mayorista o aprovisionamiento de medicamentos por laboratorios farmacéuticos o importadores a entidades públicas de salud cuya demanda es agregada y satisfecha mediante la realización de licitaciones de compra pública de medicamentos reglamentadas por la Resolución 272”*¹. Este mercado podría verse afectado, a juicio de la Consultante, debido a que el aumento en el plazo promedio de pago generaría un alto nivel incertidumbre y, a su vez, riesgo financiero en los proveedores adjudicados.

¹ Consulta de ASILFA ante el H. TDLC de fecha 16 de noviembre de 2015, p. 37.

4. Mediante una cita a la Sentencia 9/2004 de este H. Tribunal², ASILFA sugiere que este riesgo podría eventualmente desincentivar la entrada al mercado y/o inducir la salida del mercado de proveedores afectados, reduciendo en consecuencia la competencia entre proveedores. Adicionalmente, indica la Consultante, que las condiciones asimétricas de las Bases dejarían a los proveedores expuestos a abusos de explotación de tipo vertical³.
5. De acuerdo a la resolución de este H. Tribunal de fecha 3 de diciembre de 2015, se admitió a tramitación la consulta realizada para determinar si la Resolución 272 se ajusta o no a las disposiciones del DL N° 211 y si corresponde, en su caso, adoptar medidas que permitan prevenir los riesgos que el acto consultado pudiese causar en el mercado relevante, conforme a lo establecido en el artículo 18 N° 2 del DL N° 211. No se acogió la consulta en cuanto a la solicitud de ASILFA de dictar instrucciones de carácter general conforme a lo establecido en el artículo 18 N° 3 del DL N° 211.
6. Cabe precaver que si bien la Resolución 272 contiene las bases administrativas y técnicas tipo por las que se rigen los procesos de licitación para la adquisición de fármacos, dispositivos médicos, insumos y alimentos, este informe solamente se referirá al riesgo que eventualmente generarían los aspectos cuestionados por ASILFA en la adquisición de fármacos.
7. Asimismo, conforme se explicará en mayor detalle en el Capítulo III siguiente, y en consonancia con las medidas solicitadas por la Consultante, resulta relevante aclarar que el presente informe se limitará a analizar los posibles riesgos anticompetitivos de la Resolución 272 bajo la modalidad de “distribución directa”, que fue implementada en virtud de la Resolución Afecta N° 164 de la CENABAST en julio de 2011 para ser utilizada por primera vez para las compras del año 2012. En consecuencia, no nos referiremos a la

² ASILFA cita el considerando vigésimo quinto de la señalada sentencia que señala: “Desde un punto de vista de eficiencia económica, estos comportamientos [uno de los cuales es extender los plazos de pago] 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”.

³ Consulta de ASILFA ante el H. TDLC de fecha 16 de noviembre de 2015, p. 6, 7 y 18.

deuda histórica que tiene la CENABAST con los proveedores ni a la que tienen las instituciones de salud con la CENABAST producto del modelo de compras centralizadas anterior o producto de otros modelos de compra diferentes al establecido en la Resolución 272.

II. DESCRIPCIÓN DE LA INDUSTRIA DE MEDICAMENTOS

II.1 Antecedentes generales de la industria farmacéutica

8. Los productos farmacéuticos⁴ pueden ser distribuidos, de manera general, mediante dos canales: el *retail* (farmacias) y el *institucional*. El mercado total de medicamentos en Chile, para el año 2014, fue de US\$ 1.721 millones, correspondiendo el 73,6% (US\$ 1.267 millones) a medicamentos distribuidos

⁴ Según nuestra legislación, un medicamento es “*cualquier substancia natural, biológica, sintética o las mezclas de ellas, originada mediante síntesis o procesos químicos, biológicos o biotecnológicos, que se destine a las personas con fines de prevención, diagnóstico, atenuación, tratamiento o curación de las enfermedades o sus síntomas o de regulación de sus sistemas o estados fisiológicos particulares, incluyéndose en este concepto los elementos que acompañan su presentación y que se destinan a su administración*” (artículo 20 del Reglamento Farmacéutico). Para su distribución o utilización en Chile, todo medicamento requiere contar previamente con un registro sanitario ante el Instituto de Salud Pública (para los requisitos asociados a la obtención del registro sanitario, véase, entre otros, el artículo 28 del Reglamento Farmacéutico).

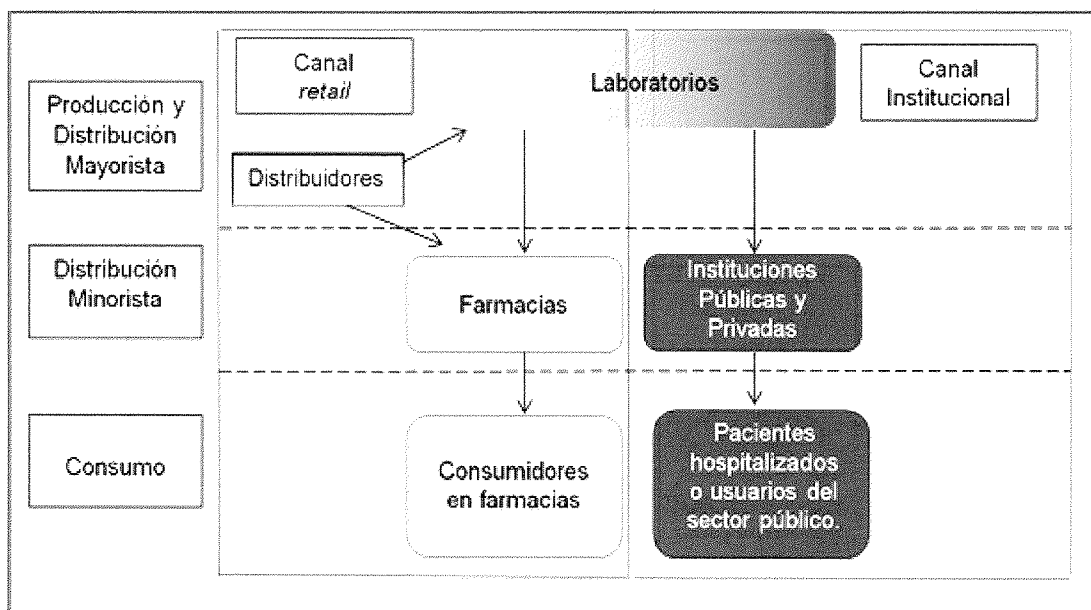
Los productos farmacéuticos admiten diversas clasificaciones, dentro de las cuales se encuentran las siguientes:

- Según su condición de venta, es posible distinguir entre medicamentos: (i) éticos o de prescripción, que son aquellos que requieren de una receta médica extendida en forma previa a su venta; y, (ii) populares, también denominados de venta directa, que no precisan de esa receta para su dispensación; y,
- Según su tipo de comercialización, se distinguen según si estos son: (i) marcarios, originales o innovadores, comercializados por aquel laboratorio que posee una patente de invención, vigente o expirada; (ii) similares o genéricos de marca, comercializados por un laboratorio distinto del que gozaba de la patente expirada, bajo una marca diversa; (iii) genéricos, comercializados con el nombre de su compuesto principal o principio activo, según su Denominación Común Internacional; (iv) bioequivalentes o equivalentes terapéuticos, que es un tipo de medicamento genérico que ha acreditado su equivalencia terapéutica con un producto de referencia; y (v) marcas propias, vendidos bajo la marca perteneciente a la farmacia que lo distribuye, ya sea que sean producidos o importados por un laboratorio relacionado a la farmacia o por un tercero.

a través del mercado *retail* y el 26,4% (US\$ 454 millones) restante al canal institucional⁵⁻⁶.

- 9. En relación a la estructura de la industria farmacéutica, en ésta es posible identificar cuatro etapas: (i) producción, (ii) distribución mayorista, (iii) comercialización o venta minorista, y (iv) consumo. En cada una de ellas participan los siguientes actores:

Figura 1: Cuadro Resumen de Canales de Comercialización



Fuente: Informe de archivo Rol 1931-11 FNE

- 10. En la etapa de producción concurren un poco más de 60 laboratorios internacionales y nacionales que producen o importan diversos productos farmacéuticos⁷.

⁵ Estas cifras no consideran las ventas de medicamentos realizadas a clínicas privadas. De acuerdo al "Estudio de Oferta y Demanda del Sector Farmacéutico Chile" de la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales de septiembre de 2011, para el año 2012 las ventas realizadas a las clínicas privadas serían un 33% de las ventas realizadas a través del canal institucional.

⁶ Cifras obtenidas en base a los datos de IMS Health, Datatrends y Tech-K. El valor del dólar considerado fue de \$700.

⁷ Para tales efectos, estos laboratorios requieren la autorización del ISP, la que se otorga por un plazo de vigencia de tres años renovables automáticamente por períodos iguales y sucesivos, en

11. En la segunda etapa, existen distintos tipos de distribuidores. Por una parte, están los propios laboratorios o representantes de dichos actores que individual o agrupadamente distribuyen única y exclusivamente sus productos, tanto en el canal *retail* como en el canal institucional. Por otro lado, es posible encontrar distribuidores que operan principalmente en el canal *retail*⁸ y que intermedian entre laboratorios y farmacias⁹.
12. En la tercera etapa de venta minorista es posible encontrar distintos demandantes en el canal *retail* y en el canal institucional. En el canal *retail*, participan las farmacias independientes, las franquiciadas y las cadenas de farmacias. Por su parte, en el canal institucional participan diversas entidades, tanto públicas como privadas, tales como hospitales, clínicas, consultorios, fundaciones, la CENABAST, entre otros.
13. Finalmente, en la cuarta etapa de consumo, también es posible encontrar distintos tipos de demandantes. En el canal *retail* se encuentran los diversos usuarios que adquieren sus medicamentos directamente de las farmacias y otros canales de comercialización minorista. Por su parte, en el canal institucional se encuentran los pacientes hospitalizados, ya sea del sector público o privado, que reciben el medicamento directamente del centro en que se encuentran internados, así como los usuarios del sector público que reciben medicamentos a través de los servicios de atención primaria.

tanto no se incurra en alguna de las causales de cancelación establecidas en el Reglamento Farmacéutico.

Al respecto, véase, Informe de archivo Rol 1931-11 FNE y los artículos 109, 110 y 167 del Reglamento Farmacéutico.

⁸ Si bien es posible que estos distribuidores participen también en el canal institucional, su mayor importancia podría estar en el canal *retail*, dado el tipo de relación comercial que se establece entre los laboratorios y las farmacias. A mayor abundamiento, en el caso de las compras públicas, es usual que los términos de compra requieran la entrega en el punto de uso (v.gr. hospital) por parte del laboratorio.

⁹ Estos intermediarios son de dos tipos: (i) los denominados distribuidores cerrados, quienes normalmente son personas relacionadas a las cadenas de farmacia y que realizan su distribución solo a esa cadena relacionada; y, (ii) los llamados distribuidores abiertos, que, aun estando verticalmente integrados, realizan esa labor de distribución a todo cliente que así se lo solicite. Véase, Resolución N° 15/2006 (Caso *Franquicias Socofar*), considerando sexto.

II.2 Canal institucional y CENABAST

14. Tal como fue señalado anteriormente, el canal institucional se encuentra conformado por los prestadores institucionales de salud, tanto públicos como privados, que adquieren medicamentos para su uso en el marco de las prestaciones hospitalarias o ambulatorias que otorgan a la población.
15. Los prestadores de salud del sector público tienen la posibilidad de adquirir los medicamentos por cuenta propia¹⁰ o mandar a la CENABAST para que compre algunos de los medicamentos que requieren estas instituciones¹¹.
16. La CENABAST¹² es una institución pública, descentralizada, dependiente del Ministerio de Salud, que gestiona las compras de insumos, medicamentos, equipos, instrumental y demás elementos necesarios para la ejecución de acciones de salud del Ministerio de Salud, Subsecretaría de Redes Asistenciales, Subsecretaría de Salud Pública, Fondo Nacional de Salud (“FONASA”), Servicios de Salud, Municipalidades y Corporaciones Municipales, y, en general, de las entidades que se adscriban al Sistema Nacional de Servicios de Salud (“SNSS”)¹³⁻¹⁴.

¹⁰ Sujetos a las disposiciones de la Ley de Compras Públicas N° 19.886, su Reglamento y modificaciones y el Decreto 1.179/2004 del Ministerio de Hacienda (complementado por el Decreto 638 del mismo año).

¹¹ De acuerdo a lo señalado por la CENABAST a esta Fiscalía con fecha 18 de diciembre de 2015, en atención al eficiente uso de sus recursos, ésta define una “Canasta de Productos” para cada año. Por lo general, el arsenal requerido por las instituciones mandantes no se encuentra contenido en un 100% en la Canasta de Productos de la CENABAST, por lo que estas instituciones tienen que realizar un porcentaje de sus compras por cuenta propia.

¹² La CENABAST se encuentra regulada en detalle en el Capítulo V del Libro I del Decreto con Fuerza de Ley N° 1/2006 del Ministerio de Salud, así como en el Decreto Supremo N° 78 de 1980, del Ministerio de Salud, que fija su Reglamento.

¹³ El SNSS está compuesto por el Ministerio de Salud y sus organismos dependientes: SEREMI de Salud, los 29 Servicios de Salud, FONASA, ISP y la CENABAST. Además, participan del sistema todas aquellas instituciones que realizan convenios con el SNSS (entre los cuales pueden mencionarse Municipalidades y servicios delegados). Se pueden encontrar datos de los establecimientos de salud no pertenecientes al SNSS en: <http://datos.gob.cl/dataset/1063> [fecha última visita: 21 de enero de 2016].

¹⁴ Información disponible en: <http://www.cenabast.cl/director/> [fecha última visita: 18 de enero de 2016].

17. Esta adquisición de medicamentos es realizada por la CENABAST a través de cualquiera de las tres modalidades contempladas en la ley de compras públicas: **(i)** convenios marco, **(ii)** licitaciones efectuadas a través del Portal Mercado Público, o **(iii)** trato directo con los proveedores en caso de emergencias de desabastecimiento, importaciones o que se enfrente un solo oferente para el producto requerido. De acuerdo a información proporcionada por la CENABAST a esta Fiscalía, el mecanismo de compra más utilizado serían las licitaciones, que representaría aproximadamente un 70% de las compras de esta institución, seguido por el trato directo con un 25%, mientras que el porcentaje restante correspondería a adquisiciones mediante convenios marco¹⁵.
18. De manera más específica, dentro de los distintos servicios prestados por la CENABAST¹⁶ relacionados con la compra de medicamentos, podemos distinguir 2 líneas de negocios. En primer lugar, se encuentra el servicio de *intermediación* mediante agregación de demanda, que corresponde a la consolidación de demanda de las instituciones que pertenecen al SNSS, la Atención Primaria de Salud¹⁷, y algunas instituciones “extra-sistema”¹⁸, con el objeto de obtener un volumen de compra que permita acceder a descuentos en el precio (“**Mandantes**”). Para estos efectos los Mandantes solicitan a la CENABAST, vía portal web la compra de determinados productos disponibles en la respectiva “Canasta de Productos” los que luego

¹⁵ Lo anterior, de acuerdo a lo señalado por la CENABAST a esta Fiscalía con fecha 18 de diciembre de 2015.

¹⁶ Las tres líneas de negocios más importantes de la CENABAST son: **(i)** programas ministeriales, **(ii)** intermediación, y **(iii)** programas alimentarios. Al respecto ver la cuenta pública de la CENABAST del año 2014, disponible en: <http://www.cenabast.cl/cuenta-publica-2012-2013-2/> [fecha última visita: 18 de enero de 2016].

¹⁷ La Atención Primaria de Salud representa el primer nivel de contacto de los individuos, la familia y la comunidad con el sistema público de salud, brindando una atención ambulatoria. Estos centros de salud son administrados en su totalidad por las municipalidades.

¹⁸ Se trata de prestadores particulares que no forman parte del Servicio de Salud pero que lo reemplazan en ciertas acciones de salud por delegación, mandato u otra figura que se los permita. Conforme publica la CENABAST en su página web, a la fecha habría 25 mandantes extra-sistema. Véase página web CENABAST: <http://www.cenabast.cl/clientes/>. [fecha última visita: 27 de enero de 2016]. Véase Informe Final realizado por Capablanca Ltda., denominado “Evaluación Comprehensiva del Gasto de la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud”.2012. P. 9.

son facturados directamente al establecimiento de salud (salvo excepciones)¹⁹. Posteriormente, se distribuyen mediante operadores logísticos contratados por la CENABAST, vehículos propios de la CENABAST o directamente por el proveedor, dependiendo de las condiciones de licitación²⁰.

19. En segundo lugar, se encuentra el servicio sin consolidación de demanda, que es el que la CENABAST presta al Ministerio de Salud para realizar compras para los programas ministeriales²¹. En este caso, la “consolidación” la realiza el programa ministerial que solicita a la CENABAST la compra de las cantidades necesarias y la demanda es recibida por regla general mediante oficios²². Estos productos son distribuidos directamente por los proveedores adjudicados y facturados al Servicio de Salud, Subsecretaría de Salud Pública, Subsecretaría de Redes Asistenciales o la CENABAST dependiendo del programa²³.

20. Para ambas líneas de negocios, la CENABAST utiliza las 3 modalidades de compra señaladas en el párrafo 17. En cuanto a las bases de licitación, se publican las que correspondan dependiendo del servicio que se está prestando (principalmente las contenidas en la Resolución 272) o se elaboran bases de licitación especiales para productos o servicios no estandarizados²⁴.

¹⁹ En algunos casos excepcionales, los productos son adquiridos directamente por la CENABAST (compras de emergencia o importaciones), conforme a lo señalado por la CENABAST a esta Fiscalía con fecha 29 de enero de 2016.

²⁰ Conforme a lo señalado por la CENABAST a esta Fiscalía con fecha 29 de enero de 2016.

²¹ Conforme a lo señalado por la CENABAST a esta Fiscalía con fecha 29 de enero de 2016, estos pueden solicitarse por la Subsecretaría de Redes Asistenciales, la Subsecretaría de Salud Pública o también pueden ser programados vía web por los Servicios de Salud.

²² Véase Informe Final realizado por Capablanca Ltda., denominado “Evaluación Comprehensiva del Gasto de la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud”. 2012. P. 10, 53.

²³ Por ejemplo, a la CENABAST se le factura directamente las compras de medicamentos compradas bajo los programas de VIH y Ricarte Soto.

²⁴ Lo anterior, conforme a lo señalado por la CENABAST a esta Fiscalía con fecha 29 de enero de 2016.

21. En 2014, las transacciones de la CENABAST alcanzaron el monto total de MM\$ 284.140, lo que le otorga un 39,5% de participación en el gasto del SNSS. Ahora bien, de ese monto, MM\$ 67.639 corresponden a productos de *intermediación*, es decir, fármacos e insumos médicos comprendidos en la “Canasta de Productos” disponibles para determinado año, que los Mandantes pueden comprar a través de la CENABAST. Por su parte, los programas ministeriales totalizaron un monto de MM\$ 128.473 durante el año 2014²⁵. En el cuadro a continuación se presenta la evolución de los montos intermediados²⁶ por la CENABAST durante el periodo 2012-2014:

Cuadro 1: Montos de intermediación CENABAST 2012-2014
(Cifras a diciembre de cada año)

	2012	2013	2014
Monto total intermediado (en MM\$)	245.496	256.382	284.140
Participación de CENABAST en gasto SNSS	34,2%	31,1%	39,5%

Fuente: Balance de Gestión Integral 2014 de la CENABAST.

22. No obstante entregar algunas luces sobre la participación de la CENABAST en el gasto del SNSS, las cifras anteriores no permiten conocer con exactitud la participación de este Servicio en el canal institucional de medicamentos, ya que las cifras incluyen fármacos e insumos médicos y, además, la base de comparación es el gasto del SNSS que excluye a un importante número de instituciones²⁷. Al respecto, el siguiente cuadro, provee la información necesaria para poder medir la participación de la CENABAST en el canal institucional de medicamentos:

²⁵ La información presentada en el párrafo de referencia se encuentra disponible en el “Balance de Gestión Integral 2014” de la CENABAST. Disponible en <http://www.cenabast.cl/balance-de-gestion-integral-2012/> [fecha última visita: 18 de enero de 2016.]

²⁶ En este caso, los montos intermediados incluyen todas las líneas de negocios de la CENABAST: *intermediación*, programas ministeriales, entre otros. Al respecto ver Cuenta Pública 2014 de la CENABAST, diapositiva n° 20, disponible en: <http://www.cenabast.cl/cuenta-publica-2012-2013-2/> [fecha última visita: 2 de febrero de 2016].

²⁷ Se pueden encontrar datos de los establecimientos de salud no pertenecientes al SNSS en: <http://datos.gob.cl/dataset/1063> [fecha última visita: 21 de enero de 2016].

Cuadro 2: Evolución de Ventas 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: elaboración propia en base a datos de Tech-K²⁸.

23. Ahora bien, tal como fue señalado previamente, la razón principal que tienen los Mandantes para realizar sus compras a través de la CENABAST, es la posibilidad de conseguir un mejor precio como resultado de la agregación de demanda. A este respecto, la CENABAST realiza anualmente un indicador²⁹ que permite estimar el ahorro que se obtiene para el SNSS a través de sus procesos. Para el año 2014, este fue de un 34,9%. En el cuadro a continuación se presenta la evolución de este indicador para el periodo 2012-2014:

Cuadro 3: Evolución Anual Indicador de Ahorro 2012-2014
(cifras a diciembre de cada año)

	2012	2013	2014
Ahorro total al SNSS	29,3%	32,6%	34,9%

Fuente: Balance de Gestión Integral 2014 de la CENABAST.

²⁸ Información disponible en la página web de la Consultante: http://asilfa.cl/ASILFA_CHILE/estadisticas/mercado-institucional/ano-2015/ [fecha última visita: 28 de enero de 2016].

²⁹ De acuerdo a información provista por la CENABAST, en términos simples, este indicador compara el precio obtenido por la CENABAST con el precio promedio de las licitaciones realizadas en Mercado Público por otras instituciones de salud licitantes. Sin embargo, esta Fiscalía desconoce el detalle de la metodología detrás del cálculo de este indicador. Lo anterior, de acuerdo a lo señalado por la CENABAST a esta Fiscalía con fecha 18 de diciembre de 2015.

II.3 Acerca de ASILFA

24. La Asociación Industrial de Laboratorios Farmacéuticos Chilenos A.G. es una asociación gremial existente desde 1986, que, al momento de la presentación de la Consulta ante este H. TDLC, reunía a once³⁰ laboratorios farmacéuticos dedicados al suministro de medicamentos en nuestro país. Dichos laboratorios, según la información recopilada por este servicio, representaron el 15,6%³¹ de las ventas totales del mercado de los medicamentos en Chile durante el año 2014, el desglose de cada una de sus participaciones se presenta en el Cuadro 4.

Cuadro 4: Ventas Laboratorios ASILFA 2012-2015
(cifras a diciembre de cada año)
Información por laboratorio en Anexo Confidencial [1]

III. DESARROLLO DEL SISTEMA DE COMPRAS PÚBLICAS CENTRALIZADAS DE MEDICAMENTOS DE LA CENABAST

25. Para entender cabalmente el contexto dentro del cual la Resolución 272 fue dictada y es actualmente aplicada, es necesario conocer la forma en que ha ido variando en el tiempo el sistema de compras públicas centralizadas de medicamentos de la CENABAST.
26. Como se señaló en los párrafos 18 y 19, la CENABAST presta diferentes tipos de servicios. Específicamente, respecto de las compras que realiza como intermediador³², hasta el año 2011, la CENABAST realizaba las

³⁰ De acuerdo a la información disponible en la página web de ASILFA en la fecha de presentación de la Consulta, los asociados eran: Alpes Laboratories, Laboratorio Biosano S.A., Laboratorios Euromed Chile S.A., Opko Chile S.A., Gador S.A., ITF-Labomed Farmaceutica Ltda., Pharma Investi, Fresenius Kabi Chile, Tecnofarma, Sanitas y Vitalis Pharmaceutical. Sin embargo, según la información disponible al 19 de enero de 2016 en la página web de ASILFA, los laboratorios Alpes y Biosano habrían dejado la asociación gremial.

³¹ Tal como fue señalado en la sección II.1 el mercado total de medicamentos fue de US\$1.721 millones en el año 2014.

³² Principalmente para instituciones que pertenecen al SNSS, la Atención Primaria de Salud e instituciones "extra-sistema".

compras públicas centralizadas de medicamentos para sí mismo y posteriormente revendía los mencionados medicamentos a los Mandantes. En la mayoría de los casos, la recepción, el almacenamiento y los procesos de recoger, embalar y distribuir los productos eran realizados por la CENABAST, para lo cual contaba con bodegas propias. En un porcentaje menor, los proveedores también distribuían de forma directa a los Mandantes³³. Bajo este sistema³⁴, la CENABAST pagaba a los proveedores con los fondos que a su vez recaudaba de los Mandantes³⁵.

27. No obstante, con el pasar de los años se identificaron diferentes deficiencias (deuda acumulada y problemas de almacenaje y logística) que llevaron a que, en mayo de 2011, la Cámara de Diputados acordara mejorar el modelo de compras públicas centralizadas de medicamentos e insumos. Conforme se señala en el Proyecto de Acuerdo 345 de la sesión N° 31³⁶, entre los factores que justificarían el cambio de modelo estaban:
- (i) Retrasos en la gestión de compras de medicamentos e insumos;
 - (ii) Sistema de información inestable e insuficiente;
 - (iii) Realización de despachos no facturados a Mandantes por más de 18.000 millones de pesos;
 - (iv) Atraso en cobro de multas a proveedores por incumplimiento de entregas y/o entrega de productos con pronto vencimiento;
 - (v) Sistema de cobranza débil y con baja cobertura;
 - (vi) Falta de contabilidad de medicamentos deteriorados, dados de baja o vencidos;
 - (vii) Alta rotación de directores;
 - (viii) Bodegas de almacenamiento inadecuadas; y

³³ Informe Universidad de Chile, Centro de sistemas públicos. "Reporte de implementación del nuevo modelo de la CENABAST, Manual de Procesos y Organigrama Institucional". 2012. Pág. 20 y ss.

³⁴ La Resolución Afecta N° 159 del 28 de julio de 2010 fueron las últimas bases vigentes en este sistema.

³⁵ Este sistema de compra y reventa aún es utilizado por la CENABAST para la prestación de servicios respecto de algunos programas ministeriales.

³⁶ Proyecto de Acuerdo 345 de la sesión N° 31 de 17 de mayo de 2011 de la Cámara de Diputados.

707

- (ix) Deuda acumulada de la CENABAST que a esa fecha ascendía a \$79.069 millones de pesos.
28. Las modificaciones debían reflejarse en nuevas bases de licitación que regirían para las adjudicaciones de medicamentos del segundo semestre del año 2011, a ser entregados el año 2012. En este contexto, con fecha 15 de julio de 2011 la CENABAST dictó la Resolución Afecta N° 164³⁷ que establecía las bases de licitación tipo que se utilizarían bajo el nuevo sistema y cuya principal característica es que la CENABAST pasaba a prestar el servicio de consolidación de demanda y ejecución de bases de licitación en representación de los Mandantes a cambio de una comisión en vez de comprar para revender. Dicha resolución también externalizó el servicio de bodegaje y distribución, y modificó el modelo de facturación y cobro, requiriendo a partir del nuevo sistema que los proveedores emitan las facturas directamente a los Mandantes en vez de a la CENABAST, debiendo los Mandantes pagar directamente a los proveedores (denominado modalidad de “distribución directa”)³⁸.
29. Como se señaló, el nuevo sistema fue puesto en marcha por primera vez para el abastecimiento de insumos y medicamentos del año 2012. Si bien en

³⁷ Antes de que se pudieran ejecutar por primera vez las Bases Administrativas tipo de la Resolución Afecta N° 164, esta resolución debió ser modificada 2 veces: Mediante la Resolución Afecta N° 197 de 9 de septiembre de 2011 y mediante la Resolución Afecta N° 229 de 14 de octubre de 2011. En otras palabras, las Bases Administrativas tipo de la Resolución Afecta N° 164 nunca fueron ejecutadas tal y como fueron concebidas originalmente. Estas modificaciones solo contemplaron una modificación en ciertas cláusulas de las bases tipo de la Resolución Afecta N° 164.

Si bien la Resolución Afecta N° 164 ya contemplaba la distribución directa por parte de los proveedores adjudicados a los Mandantes, aún se consideraba a la CENABAST como la responsable de recibir las facturas y pagar a los proveedores adjudicados, para lo cual tenía un plazo de 90 días desde la recepción de las mismas. La principal modificación de la Resolución Afecta N° 197 de septiembre de 2011 consistió en radicar en los Mandantes la obligación de pago y establecer un plazo máximo de 45 días contados desde la recepción conforme de las facturas para éste (se ajusta el plazo de pago a lo establecido en Ley de Presupuesto 20.481 del año 2011 que establece un plazo de pago de 45 días para los Servicios de Salud y el Dictamen 35.904 del 2006 de la CGR).

Por su parte, la Resolución Afecta N° 229 de octubre de 2011 realizó dos modificaciones en los criterios de evaluación originalmente considerados.

³⁸ Informe Universidad de Chile, Centro de sistemas públicos. “Reporte de implementación del nuevo modelo de la CENABAST, Manual de Procesos y Organigrama Institucional”. 2012. Pág. 20 y ss.

Informe Final de la División de Auditoría Administrativa Área Salud de la Contraloría General de la República, “Central de Abastecimiento del sistema Nacional de Servicios de Salud”, 199/2013.

su esencia es el mismo que se utiliza actualmente, a la fecha ha sido modificado y perfeccionado en varias ocasiones, incluyendo la modificación realizada por la Resolución 272 hoy vigente y que corresponde a aquella consultada por ASILFA. Las modificaciones a la fecha son las siguientes:

- (i) Resolución Afecta N° 156 de abril de 2012 (para abastecimiento del año 2013). Principalmente, incorpora a las bases un operador logístico externo a ser licitado y costado por la CENABAST para distribuir a aquellos lugares (más remotos) a donde no llega el proveedor, y establece por primera vez la posibilidad de que la CENABAST autorice la suspensión de entregas futuras de medicamentos por falta de pago si se cumplían determinados requisitos³⁹.
- (ii) Resolución Afecta N° 184 de mayo de 2013 (para abastecimiento del año 2014). Perfecciona las bases en cuanto a los documentos que debían ser incluidos en el Anexo técnico por los ofertantes, a los criterios de evaluación de las ofertas, a la documentación e información que proveedores deben entregar a la CENABAST, al catálogo de multas, entre otros.
- (iii) Resolución Afecta N° 272 de julio de 2014 (para abastecimiento del año 2015), que incluye programa de compra de medicamentos para tratar el VIH y perfecciona los criterios de evaluación de las ofertas, entrega de productos y entrega de información por parte de proveedores, entre otros⁴⁰.

³⁹ Otras modificaciones incluyen el perfeccionamiento del sistema para que proveedores y Mandantes entreguen información a la CENABAST, modificación de criterios de evaluación de las ofertas, catálogo de multas, inclusión de conceptos como bio-equivalencia, entre otros.

⁴⁰ Otras modificaciones consistieron en actualizar bases a nuevas disposiciones de la Ley 20.393, perfeccionar catálogo de multas, ejercicio del derecho de opción, proceso de certificación técnica para fármacos, incluir imposibilidad del adjudicatario de haber sido condenado a pena de prohibición de contratar con organismos del Estado y aumentar información a solicitar al oferente.

La Resolución 272 fue posteriormente perfeccionada por la Resolución Afecta N° 90 del 25 de febrero de 2015 y Resolución Afecta N° 336 del 11 de agosto de 2015 (para abastecimiento del año 2016), las cuáles no establecieron nuevas bases de licitación tipo sino solamente reemplazaron ciertas cláusulas de aquellas establecidas en la Resolución 272. Específicamente, la Resolución Afecta N° 90 del 25 de febrero de 2015 modifica principalmente restricciones a oferentes, agregando que no pueden haber sido condenados por delitos concursales establecidos en el Código Penal. También perfecciona contrato de adquisición especificando algunas cláusulas. Por su parte, la Resolución Afecta N° 336 del 11 de agosto de 2015, establece un cronograma diferente para licitaciones cuyo

30. Esta Fiscalía estima que los posibles riesgos anticompetitivos que genera la Resolución 272 para los laboratorios farmacéuticos debieran evaluarse solamente en el marco del modelo de “distribución directa” (forma en que ha venido funcionando el sistema para las compras centralizadas del año 2012 en adelante) en consideración a que el modelo de compras con bases de licitación tipo anterior funcionaba de forma completamente diferente⁴¹⁻⁴².

IV. ANÁLISIS DE LA CONSULTA

31. Siempre en atención a la información que esta Fiscalía ha podido reunir en el plazo otorgado, se revisan a continuación ciertos aspectos en relación a la Consulta, a las medidas propuestas por la Consultante y a los eventuales efectos anticompetitivos que tendría la Resolución 272 respecto de los proveedores adjudicados.

IV.1 Consideraciones acerca del mercado relevante

32. En su Consulta, ASILFA define el mercado relevante señalando que “[c]ada una de estas licitaciones replica los términos de las Bases de Licitación Tipo contenidas en el acto consultado, de tal modo que los términos de la Resolución 272 devienen en la regulación de este universo transaccional de compras públicas concentradas de medicamentos que a mayor abundamiento y en opinión de la Consultante constituye el mercado relevante

monto de contratación sea entre 1.000 y 5.000 UTM y establece normas especiales para oferentes que constituyan una unión temporal de proveedores, entre otros.

⁴¹ Confirman lo anterior, el hecho de que la deuda acumulada de la CENABAST para con sus proveedores producto del sistema antiguo de compras centralizadas tendría diferentes orígenes, entre los cuáles la falta de pago por parte de los Mandantes sería solamente uno de éstos. Así, por ejemplo, conforme se reconoce en el Proyecto de Acuerdo 345 de la sesión N° 31 de 17 de mayo de 2011 de la Cámara de Diputados, la cobranza por parte de la CENABAST era débil, se realizaban entregas que luego no se facturaban, se perdían medicamentos por su almacenamiento inadecuado, entre otros. Al respecto, véase también Informe Final de la División de Auditoría Administrativa Área Salud de la Contraloría General de la República, “Central de Abastecimiento del sistema Nacional de Servicios de Salud”, 199/2013.

⁴² En suma, no se consideran las deudas adquiridas por la CENABAST u otras instituciones de Salud por compras realizadas en el marco de ciertos programas ministeriales, bases de licitación especiales, tratos directo ni convenios marco, como tampoco aquellas realizadas bajo las bases de licitación tipo anteriores a las establecidas en la Resolución Afecta N° 164 de julio de 2011.

de autos⁴³. De esta forma, es posible entender que, para el Consultante, el mercado relevante estaría conformado por todo el “universo” de compras públicas realizadas por la CENABAST utilizando las bases aprobadas mediante la Resolución 272.

33. Al respecto, esta Fiscalía considera necesario realizar una serie de consideraciones para que el H. TDLC pueda evaluar de manera adecuada la pertinencia de la definición propuesta por la Consultante.
34. En primer lugar, conviene tener a la vista que esta Fiscalía entiende por mercado relevante, el de un producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado⁴⁴.
35. Ahora bien, a nivel comparado en casos de medicamentos⁴⁵, en general el análisis de los mercados relevantes involucrados tiene como punto de partida la clasificación ATC⁴⁶ de la Organización Mundial de la Salud (“OMS”). Esta clasifica a los distintos medicamentos de acuerdo al sistema anatómico sobre el que estos actúan, además de por sus características químicas, farmacológicas y propiedades terapéuticas.
36. La jurisprudencia del H. TDLC ha recogido lo anterior, haciendo una distinción entre los medicamentos éticos o de prescripción y los de venta directa⁴⁷. En efecto, para el caso de los fármacos de prescripción, el mercado relevante se encontraría determinado por el principio activo del medicamento; mientras

⁴³ Consulta de ASILFA ante el H. TDLC de fecha 16 de noviembre de 2015, p.3. [énfasis agregado]

⁴⁴ Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración. Fiscalía Nacional Económica. Octubre de 2012. Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf> [fecha última visita: 19 de enero de 2016].

⁴⁵ Al respecto ver: Faull, Jonathan y Ali Nikpay, “The EU Law of Competition” Oxford University Press, Third Edition, Capítulo 16.

⁴⁶ La clasificación ATC es un sistema de codificación de sustancias farmacéuticas y medicamentos en cinco niveles con arreglo al sistema u órgano efector y al efecto farmacológico, las indicaciones terapéuticas y la estructura química de un fármaco.

⁴⁷ Véase clasificación en nota 4.

que para el caso de los medicamentos de venta directa, el mercado relevante estaría circunscrito a todos los medicamentos que compartan la misma "finalidad terapéutica"⁴⁸⁻⁴⁹.

37. Por lo anterior, para el caso de autos es necesario considerar que el mercado relevante afectado dependerá en cada caso del medicamento específico que sea licitado por la CENABAST. Asimismo, al analizar el potencial anticompetitivo de las bases de licitación, una vez definido el mercado, además del diseño de las bases y sus cláusulas, influirán 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.
38. En definitiva, es opinión de esta Fiscalía que el análisis del 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. Lo anterior, es especialmente cierto respecto de estas Bases en particular atendidas las características del mercado de los medicamentos que fueron explicadas en los párrafos precedentes. Así, las bases aprobadas mediante la Resolución 272

⁴⁸ Así, en el considerando 10 de la Sentencia N°125 el H. TDLC señaló lo siguiente: "[q]ue, en este orden de consideraciones, respecto a la definición de mercado relevante de productos farmacéuticos, este Tribunal ha señalado que en el caso de los medicamentos de venta directa ("OTC", "over the counter"), éste es determinado por la finalidad terapéutica buscada por el consumidor, puesto que es él quien escoge directamente qué medicamento utilizar para una dolencia particular (por ejemplo, Sentencia N° 59). Por el contrario, los medicamentos "éticos", es decir, aquellos que son comercializados exclusivamente con receta médica, son elegidos, en definitiva, por el médico tratante y, por lo tanto, es un tercero distinto al consumidor quien decide qué medicamento utilizar. En el caso de estos medicamentos, este Tribunal ha considerado anteriormente que el mercado relevante es aquel compuesto por los productos farmacéuticos que tengan el mismo principio activo".

⁴⁹ En el mismo orden de ideas, esta Fiscalía ha señalado que: "[l]as características y tendencias de la industria que han sido destacadas hasta aquí fuerzan a concluir, en el caso de los medicamentos éticos, que existen dos niveles de decisión separados. Por un lado, la decisión médica se encuentra orientada exclusivamente a la obtención de determinados efectos terapéuticos, por lo que las consideraciones acerca del costo del tratamiento juegan, normalmente, un rol marginal (i.e., sólo son relevantes cuando el médico ya ha decidido que un determinado principio activo es el indicado para tratar la patología específica que presenta el paciente). En este primer nivel de decisión diversos principios activos puedan [sic] parecer sustitutos sobre la base de la similitud en sus efectos terapéuticos, sin serlo desde el punto de vista económico. De cara a los consumidores, en cambio, la sustitución se produce sólo dentro de un mismo principio activo y se encuentra guiada por consideraciones de precio y calidad (especialmente vinculadas a la marca del medicamento). Acuerdo extrajudicial entre la Fiscalía Nacional Económica y Abbott Laboratorios de Chile Limitada, de fecha 5 de agosto de 2014.

constituyen un marco general a ser aplicado en mercados relevantes que pueden ser totalmente diferentes y, por lo tanto, potenciales atentados anticompetitivos se deben analizar caso a caso en aplicaciones concretas de las Bases a alguna licitación en particular.

IV.2 Deuda y morosidad de las instituciones de salud.

39. Tal como ya fue mencionado, según la información recopilada por la FNE, los datos de morosidad de las instituciones de salud aportadas en la Consulta, no dicen relación con el funcionamiento del sistema bajo el nuevo modelo de compras centralizadas ni con la Resolución 272. En efecto, los datos aportados por la Consultante en la sección VII de su presentación corresponden a deudas que mantenían algunos prestadores de salud con la CENABAST, bajo el modelo de compras anterior al introducido por la Resolución N° 164 de julio de 2011, y no representan necesariamente el escenario actual de cuentas por pagar a los proveedores (laboratorios)⁵⁰.
40. En consideración a lo anterior, esta Fiscalía solicitó antecedentes a todos los laboratorios asociados a ASILFA respecto de las deudas de instituciones de salud adquiridas a través de licitaciones de la CENABAST realizadas bajo el nuevo sistema⁵¹.
41. En el Cuadro 5, se presentan los niveles de deuda vencida agregada de los diez laboratorios que contestaron la solicitud de información a esta Fiscalía, junto con la evolución de sus ventas totales y aquellas realizadas por el canal

⁵⁰ Por ejemplo, de acuerdo a la información obtenida, algunas corporaciones municipales y municipalidades mencionadas en la Consulta no compran actualmente a través de la CENABAST sus medicamentos e insumos; por su parte, otras instituciones de Salud ya habrían saldado su deuda histórica (bajo el sistema antiguo) con la CENABAST y/o suscrito acuerdos de pago para saldarla. Véase Anexo Confidencial [2]

⁵¹ Mediante el Of. Circular Ordinario N° 0049, enviado a los once laboratorios asociados a ASILFA, esta Fiscalía solicitó los antecedentes de deuda morosa. Este requerimiento de información fue respondido por diez de los once laboratorios.

institucional⁵²⁻⁵³. Los montos de deudas corresponden exclusivamente a cuentas por cobrar contraídas por la vía de licitaciones realizadas por la CENABAST desde el año 2012 en adelante⁵⁴. De la información aportada por los laboratorios, es posible observar que el nivel de deuda agregada ha aumentado durante los últimos años y que, al mismo tiempo, se ha producido un aumento en las ventas de los laboratorios, tanto en el canal institucional como a nivel de ventas totales. En efecto, si bien la deuda desde el año 2012 ha aumentado un 24%, las ventas desde igual período han aumentado cerca de un 39% para el canal institucional.

Cuadro 5: Deudas Vencidas y Ventas periodo 2012-2014
(cifras en \$ a diciembre de cada año)
En Anexo Confidencial [3]

42. Ahora bien, para dimensionar el problema de morosidad que resulta de la aplicación de las Bases aprobadas mediante la Resolución 272, conviene contextualizar el tamaño de la deuda que mantienen los Mandantes con los laboratorios. En el Cuadro 6 se muestra el porcentaje que representa esta deuda con respecto a las ventas de los laboratorios. Así, es posible observar que las deudas vencidas agregadas apenas superan el 2,5% de las ventas totales de los laboratorios, y que estas tampoco superan el 7% de las ventas en el canal institucional de los asociados a ASILFA.

⁵² El concepto de deuda, en este caso, son obligaciones de las instituciones de salud con los laboratorios. Es decir, de manera contable corresponden a cuentas por cobrar de los laboratorios.

⁵³ Para estos efectos, se entiende por deuda vencida aquella deuda de las instituciones de salud con su representada que sobrepasa los 45 días desde la emisión de la factura, tal como se estipula en las bases aprobadas por la Resolución N° 272. Por lo tanto, la deuda vencida 15 días corresponde a deuda que tiene 60 días desde la emisión de la factura.

⁵⁴ Es decir, deudas contraídas conforme al sistema de "distribución directa" establecido en las Bases de la Resolución 272 y sus antecesoras, conforme se explica en el capítulo [III] del presente informe. No se incluyen deudas contraídas por la CENABAST directamente con los proveedores producto de la compra de medicamentos u otros servicios que no utilizan las bases de la Resolución 272.

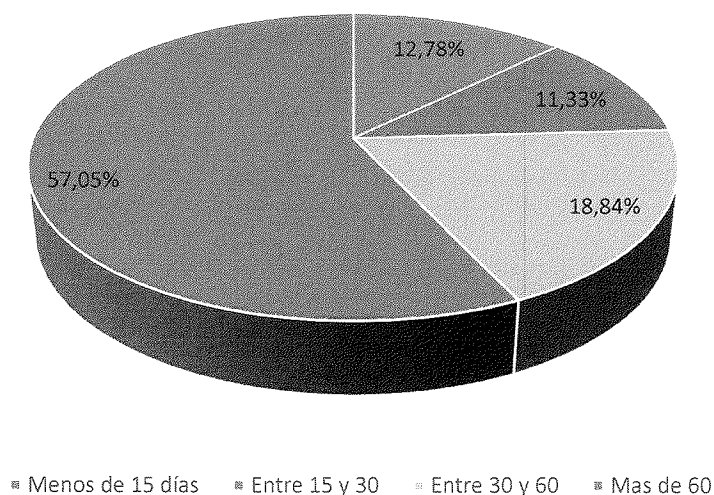
Cuadro 6: Deudas Vencidas como Porcentaje de las Ventas
(cifras en \$ a diciembre de cada año)

	2012	2013	2014	2015
Ventas Canal Institucional	4,4%	5,8%	6,6%	3,5%
Ventas Totales	1,5%	1,9%	2,4%	1,2%

Fuente: Elaboración propia en base a información recabada mediante el oficio circular ordinario N° 0049.

43. En la siguiente figura se presenta la composición de la morosidad según días de incumplimiento. Si bien la morosidad *dura* (aquella superior a 60 días) es más del 50% de la morosidad de la cartera, esta corresponde solo al 2% de las ventas en el canal institucional.

Figura 2. Composición de la cartera de mora de laboratorios según días de incumplimiento (a diciembre de cada 2015)



Fuente: Elaboración propia en base a información recabada mediante el oficio circular ordinario N° 0049.

44. En resumen y por lo anteriormente expuesto, resultaría difícil sostener que este nivel de morosidad pudiese tener efectos anticompetitivos por la vía de poner en riesgo la viabilidad financiera de estas empresas⁵⁵. A mayor

⁵⁵ Esto es lo que ASILFA insinuaría en la Consulta al citar el considerando vigésimo quinto de la Sentencia 9/2004 de este H. Tribunal, en la que se señala que "Desde un punto de vista de eficiencia

abundamiento, incluso de afectarse la viabilidad financiera de algún laboratorio, ello no necesariamente implicaría que las Bases estén generando un efecto anticompetitivo.

45. Por otra parte, de acuerdo a la información recopilada por esta Fiscalía⁵⁶, los problemas de morosidad tendrían su origen en el déficit presupuestario con que generalmente operan estas instituciones⁵⁷.
46. En efecto, una revisión de los informes de ejecución presupuestaria disponibles en la página web de la Dirección de Presupuestos (“Dipres”) de los Servicios de Salud del país, permite corroborar lo anterior, ya que a noviembre de 2015 la mayoría de las instituciones de salud revisadas presentaban déficit en sus presupuestos ejecutados⁵⁸.

económica, estos comportamientos [uno de los cuáles es extender los plazos de pago] 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”. [Inserción agregada.]

⁵⁶ Anexo Confidencial [4].

⁵⁷ Adicionalmente, el presupuesto que tienen las instituciones de salud son obtenidos principalmente vía FONASA, por concepto de prestaciones valorizadas y prestaciones institucionales (FONASA reembolsa por prestación realizada). Otra parte se asigna mediante partidas de programas ministeriales, cuyos montos y fechas de pago no se conocen de manera exacta. A mayor abundamiento, no se tiene información precisa respecto del presupuesto anual con que se contará al momento de realizar los pedidos a la CENABAST (que se realizan a mediados del año anterior al que los insumos y medicamentos deberán ser despachados y pagados). Anexo Confidencial [5].

⁵⁸ Al respecto, revisar los informes de ejecución presupuestaria disponibles en: <http://www.dipres.gob.cl/595/w3-multipropertyvalues-14626-22369.html> [fecha última revisión: 2 de febrero de 2016].

Cuadro 7: Ejecución Presupuestaria Servicios de Salud
(cifras a diciembre de 2015)

Institución	Ingresos	Gastos	Resultado
	En miles de \$		
S.S. Metropolitano Oriente	287.584.837	295.470.555	-7.885.718
S.S. Metropolitano Central	280.725.907	284.257.592	-3.531.685
S.S. Metropolitano Sur	328.477.917	330.833.200	-2.355.283
S.S. Metropolitano Norte	232.129.243	239.957.600	-7.828.357
S.S. Metropolitano Occidente	302.848.933	318.850.785	-16.001.852
S.S. Metropolitano Sur-Oriente	327.745.114	335.512.587	-7.767.473
S.S. Arica	65.146.839	66.078.989	-932.150
S.S. Iquique	93.617.630	92.298.564	1.319.066
S.S. Antofagasta	153.337.272	155.076.333	-1.739.061
S.S. Atacama	96.247.102	96.182.735	64.367
S.S. Coquimbo	209.298.662	205.808.516	3.490.146
S.S. Valparaíso - San Antonio	163.436.196	166.265.625	-2.829.429
S.S. Viña del Mar - Quillota	241.599.845	241.482.326	117.519
S.S. Aconcagua	85.165.433	84.623.992	541.441
S.S. Libertador Gral. B. O'Higgins	205.352.406	209.537.709	-4.185.303
S.S. Maule	287.420.994	289.624.277	-2.203.283
S.S. Ñuble	150.801.583	150.306.166	495.417
S.S. Concepción	233.836.418	234.526.552	-690.134
S.S. Talcahuano	141.953.531	142.588.370	-634.839
S.S. Bío Bío	141.244.395	142.515.738	-1.271.343
S.S. Arauco	57.237.078	62.011.245	-4.774.167
S.S. Araucanía Norte	79.305.829	80.896.431	-1.590.602
S.S. Araucanía Sur	254.360.382	252.833.394	1.526.988
S.S. Valdivia	135.368.141	135.036.400	331.741
S.S. Osorno	94.296.479	94.505.995	-209.516
S.S. del Reloncaví	141.888.394	144.658.586	-2.770.192
S.S. Aysén del General C.I.D.	82.136.140	82.225.144	-89.004
S.S. Magallanes	96.726.623	98.332.378	-1.605.755
Total Servicios de Salud	4.969.289.323	5.032.297.784	-63.008.461

Fuente: Elaboración propia en base a información de la Dirección de Presupuestos.

47. En el cuadro anterior es posible notar que el problema de déficit presupuestario de los Servicios de Salud es generalizado en todo el país. En este sentido, la morosidad de las instituciones de salud con sus proveedores es eventualmente atribuible al problema de financiamiento referido. En este contexto, y a falta de recursos, los Mandantes privilegiarían el pago oportuno

765

de sueldos y otras partidas más urgentes, dejando el pago de medicamentos e insumos menos apremiantes para más adelante⁵⁹.

48. Asimismo, los representantes de los prestadores de salud señalaron a esta Fiscalía que no diferenciarían entre las cuentas por pagar de proveedores adjudicados vía la CENABAST en comparación con aquellos adjudicados vía licitaciones propias realizadas por medio de Mercado Público o trato directo. Es decir, no existiría una discriminación en los plazos en los que estas instituciones pagan a sus proveedores y, por regla general, las facturas serían pagadas por orden de antigüedad⁶⁰.
49. Sin perjuicio de lo señalado, el presupuesto anual en salud contempla una partida denominada “Servicio de la Deuda” que tendría como objetivo saldar las cuentas por pagar de las Instituciones de Salud acumuladas del año anterior⁶¹.
50. Adicionalmente, según consta en el Cuadro 3, la CENABAST generaría un ahorro de 34,9% en promedio, en comparación con el precio al que podrían acceder los Mandantes a través del portal Mercado Público⁶². En este sentido, restar a los Mandantes morosos de los procesos licitatorios podría incluso agravar el problema presupuestario del sistema de salud público al impedirles beneficiarse de dicho ahorro.
51. Por último, y en relación a las medidas propuestas por la Consultante, debe considerarse que requerir el cumplimiento de todas las cuentas por pagar a los Mandantes, para poder incluir su demanda dentro de los procesos

⁵⁹ Anexo Confidencial [6].

⁶⁰ Anexo Confidencial [6].

⁶¹ En la página web de la dirección de presupuesto, <http://www.dipres.gob.cl/595/w3-multipropertyvalues-14626-22940.html>, se puede acceder a los presupuestos para el Ministerio de Salud y las diferentes Instituciones de Salud. A modo de ejemplo, el presupuesto del año 2016 (en <http://www.dipres.gob.cl/595/w3-multipropertyvalues-14626-22940.html>, “Resumen Presupuesto de Instituciones [Pesos]”) contempla una partida por \$51.000.000.000 para pagar deuda acumulada por los servicios de salud.

⁶² Disponible en la página web de la CENABAST: <http://www.cenabast.cl/balance-de-gestion-integral-2012/> [fecha última visita: 2 de febrero de 2016].

licitatorios y/o establecer un sistema de garantías que permitan a los proveedores adjudicados tener herramientas para evitar que se extiendan los plazos de pago, podría constituir un incentivo para el pago oportuno a los proveedores adjudicados. No obstante, este incentivo sería efectivo solamente en la medida que los Mandantes tengan a su disposición los recursos necesarios; y de acuerdo a la información recabada por esta Fiscalía, las restricciones presupuestarias serían precisamente las que impedirían a los Mandantes el cumplimiento de sus obligaciones de forma oportuna⁶³⁻⁶⁴.

IV.3 El pago oportuno es una obligación de carácter contractual.

52. De acuerdo a lo indicado precedentemente, sería efectiva la existencia de demoras en los pagos por parte de los proveedores a los laboratorios. No

⁶³ Anexo Confidencial [4].

⁶⁴ Sin perjuicio de lo anterior, y con el objeto de evaluar si las condiciones establecidas en las Bases serían comunes en el mercado y descartar un posible abuso en dicho sentido, esta Fiscalía revisó 50 licitaciones adjudicadas de medicamentos realizadas por hospitales, servicios de salud, municipalidades, la Escuela de Carabineros, el Instituto Nacional de Geriatria, la Caja de Previsión de la Defensa Nacional, el Centro Referencia Salud Dr. Salvador Allende, por medio de la plataforma Mercado Público (www.mercadopublico.cl). Los criterios para la selección de estas Bases fueron (i) licitaciones del período 2015-2016 cuyos productos licitados correspondieran mayoritariamente a medicamentos; (ii) licitaciones cuyas bases de licitación completas estuvieran publicadas en el portal web o al menos se incluyera la información relacionada con las garantías; y (iii) que la información respecto de la cantidad de oferentes y adjudicatarios de la licitación apareciera publicada en el portal web.

La información recabada sugiere lo siguiente:

- (i) La existencia de garantías o derechos en favor de los ofertantes en bases de licitaciones no es común. Al igual como se establece en la Resolución 272, las bases de licitación revisadas solamente consideraban garantías en favor de la parte compradora.
- (ii) En las licitaciones realizadas por las instituciones de Salud sin intermediar la CENABAST, los plazos de pago establecidos fueron en la mayoría de los casos (33 de las 50 licitaciones revisadas) de 30 días. En los demás casos, los plazos varían entre 45, 60 y 90 días. Sin embargo, ello no implica que efectivamente se paguen en dichos plazos. En todos los casos los establecimientos licitantes tenían registrados en Mercado Público reclamos por incumplimiento de pago: 6 establecimientos tenían entre 1 y 10 reclamos; 17 establecimientos tenían entre 10 y 50 reclamos; 13 establecimientos tenían entre 50 y 100 reclamos; 4 establecimientos tenían entre 100 y 200 reclamos y 10 establecimientos tenían más de 200 reclamos.
- (iii) Aún en aquellos casos en que hay numerosos reclamos por incumplimiento en los pagos, se observa que hubo varios oferentes, lo que indicaría que los proveedores no necesariamente se restan de participar en licitaciones en las que el demandante tiene un mal historial de cumplimiento de sus obligaciones de pago.

En otras palabras, la Resolución 272 no parece establecer condiciones de licitación particularmente estrictas ni diferentes a aquellas establecidas por los Mandantes de forma independiente (vía Mercado Público) a los mismos proveedores.

obstante, no se aprecia que el nivel de morosidad sea tal que pueda tener un efecto anticompetitivo. Sin perjuicio de lo anterior, se revisaron las opciones actualmente disponibles para que los proveedores puedan obtener sus pagos de forma oportuna con el objeto de determinar si podría efectivamente existir un abuso o riesgo anticompetitivo en caso de que la deuda fuese significativamente mayor.

53. Al respecto, debe recordarse que, si bien los contratos de adquisición de medicamentos son suscritos entre los proveedores y la CENABAST, esta última actúa solamente en representación de sus Mandantes y en calidad de intermediaria. Son los Mandantes quienes adquieren los productos licitados y se obligan al pago de las facturas en los plazos indicados en la sección XII de la Resolución 272⁶⁵. Conforme se señala en la cláusula décimo quinta del mencionado contrato de adquisición “[l]as partes de común acuerdo fijan domicilio en la comuna de Santiago, sometiéndose a la competencia de los Tribunales Ordinarios de Justicia”⁶⁶. Por su parte, las Bases señalan expresamente que los mandatos de la CENABAST no incluyen facultades de representación judicial o extrajudicial de sus Mandantes⁶⁷.
54. De acuerdo con las reglas generales, la suscripción de un contrato implica que las partes (proveedores y Mandantes) se obligan a cumplir fielmente sus obligaciones de buena fe⁶⁸. En caso de incumplimiento de una obligación contractual (que puede producirse por no cumplir una obligación o por cumplirla imperfecta o tardíamente)⁶⁹, nuestra legislación contempla derechos y acciones que el acreedor puede hacer vales ante los Tribunales Ordinarios de Justicia. Estas acciones consisten en la posibilidad de pedir la resolución del contrato, el cumplimiento forzado del contrato (en sus diferentes modalidades) y la reparación o sustitución del cumplimiento

⁶⁵ Ver en Anexo 10° contrato de adquisición tipo contenido en Resolución 272.

⁶⁶ Ver en Anexo 10° contrato de adquisición tipo contenido en Resolución 272.

⁶⁷ Sección I Antecedentes Generales, punto 6.

⁶⁸ Artículos 1545 y 1546 del Código Civil.

⁶⁹ Artículo 1551 del Código Civil.

imperfecto⁷⁰. En todos los casos, podría además solicitarse indemnización de los perjuicios sufridos en caso de ser procedente⁷¹.

55. Adicionalmente, los proveedores también tienen derecho a solicitar a la CENABAST la suspensión de las entregas futuras de un producto si han transcurrido 45 días de vencido el plazo establecido para el pago de las facturas sin que se hayan sido pagadas y si se cumplen los demás requisitos establecidos en las Bases para estos efectos⁷². Esta suspensión solo puede autorizarse respecto de un producto particular y del punto de entrega en donde se produce el incumplimiento. Una vez realizada la solicitud por parte del proveedor, la CENABAST notifica al Mandante y le otorga plazo de 8 días hábiles para pronunciarse. Trascurrido el plazo de 8 días sin que el Mandante se pronuncie, se procedería a autorizar la suspensión de entregas futuras⁷³.
56. Conforme a la información recabada, la CENABAST otorga actualmente autorización para suspender el suministro a Mandantes morosos siempre que se cumplen las condiciones establecidas en las Bases⁷⁴. Al respecto, cabe tener presente que esta facultad fue incluida por primera vez en las bases de licitación por la Resolución Afecta N° 156 del 24 de abril de 2012 (para el abastecimiento del año 2013) y el primer manual de procedimiento para hacer efectivo este derecho por parte de los proveedores es de abril de 2013⁷⁵. Durante el año 2014 se habrían otorgado 293 autorizaciones y durante el 2015, 548 autorizaciones⁷⁶ de corte de suministro.

⁷⁰ Artículos 1489 y 1553 del Código Civil.

⁷¹ Artículos 1556 y 1557 del Código Civil.

⁷² Sección XII "Del Pago", punto 2 de Resolución 272 que contiene Bases.

⁷³ Resolución Exenta N° 2891 dictada por la CENABAST con fecha 7 de julio de 2015 y N° 5834 dictada por la CENABAST con fecha 9 de diciembre de 2015, que perfeccionan procedimiento de autorización de corte de suministro.

⁷⁴ Conforme a lo señalado por la CENABAST a esta Fiscalía con fecha 14 de enero de 2016.

⁷⁵ Aprobado por Resolución Exenta N° 1268 dictada por la CENABAST con fecha 5 de junio de 2013.

⁷⁶ Fuente: toma de declaración la CENABAST de fecha 14.01.2016 e información aportada con fecha 19 de enero de 2016.

Por su parte, de los diez laboratorios que contestaron la solicitud de información a esta Fiscalía, cuatro declararon haber obtenido autorización para suspender el suministro por falta de pago en 149

57. Durante el año 2015, se perfeccionó y simplificó el proceso de autorización para la suspensión de entregas futuras mediante dos Resoluciones exentas⁷⁷, lo que en parte podría explicar el aumento de autorizaciones emitidas por la CENABAST durante dicho año.
58. Por último, es relevante recordar que tal como se señaló en el párrafo 53, las partes del contrato son los Mandantes y los proveedores. En este sentido, la CENABAST actúa como intermediador al momento de autorizar un corte de suministro y no como “parte”, según afirma ASILFA⁷⁸.
59. En suma, actualmente no se observa la necesidad de modificar o complementar el marco regulatorio actual en relación a los derechos que se les otorgan a los proveedores para obtener el cumplimiento de las obligaciones de pago por parte de los Mandantes, en consideración a que pueden recurrir a cualquiera de las vías anteriormente señaladas. Sin perjuicio de lo anterior, esta Fiscalía considera que la CENABAST debiera monitorear el buen funcionamiento del derecho de los proveedores de solicitar la autorización para el corte de suministro, en el sentido de que la autorización no sea discrecional y sea otorgada siempre que se cumplan con los requisitos establecidos en las Bases para estos efectos. Adicionalmente, se debiera velar por que el procedimiento sea lo más expedito y sencillo posible.

oportunidades entre los años 2013 y 2015. Los seis restantes, no contestaron a esa pregunta realizada por esta Fiscalía o declararon no haberlo solicitado nunca.

⁷⁷ Resolución Exenta N° 2891 dictada por la CENABAST con fecha 7 de julio de 2015 y Resolución exenta N° 5834 dictada por la CENABAST con fecha 9 de diciembre de 2015, que perfeccionan instructivo para el procedimiento de autorización de corte de suministro o suspensión de entregas futuras.

⁷⁸ Al respecto, ver Consulta, página 33, apartado XII.

V. CONCLUSIÓN

60. Esta Fiscalía estima que la Resolución 272 consultada no merece actualmente reproche desde el punto de vista de eventuales efectos anticompetitivos que podría generar respecto de los proveedores adjudicados⁷⁹.
61. Así, los posibles riesgos anticompetitivos que, en opinión de la Consultante, generaría la Resolución 272 para los laboratorios farmacéuticos, debieran evaluarse solamente en el marco del modelo de distribución directa, implementado el año 2011 para el aprovisionamiento de medicamentos del año 2012 en adelante. Ello, principalmente, en consideración a que el rol de la CENABAST bajo el sistema de distribución directa es completamente diferente al que tenía con anterioridad, y a que los sujetos obligados al pago pasan a ser los propios Mandantes.
62. En este contexto, conforme a la información recabada y respecto de los años analizados, la morosidad en el pago por parte de los establecimientos Mandantes tiene como su principal causa la escasez presupuestaria. Lo anterior, se puede ver reflejado en los estados contables de las instituciones de Salud, conforme se ejemplifica en el Cuadro 7.
63. Lo anterior, sugiere que debieran realizarse ajustes al modelo de financiamiento del sistema de salud en su totalidad, más no necesariamente otorgar mayores herramientas de presión a los proveedores adjudicados para requerir el pago oportuno de los medicamentos proveídos. Así, las cláusulas establecidas en las licitaciones de medicamentos, y específicamente, la imposibilidad de que el proveedor suspenda el suministro de determinado medicamento de forma unilateral, probablemente responden a que la naturaleza de los productos proveídos justifica que las instituciones de salud privilegien asegurar el suministro aun cuando haya problemas de presupuesto.

⁷⁹ Conforme a lo ya señalado, esta conclusión no obsta a que las Bases contenidas en la Resolución 272, puedan generar efectos anticompetitivos respecto de algún mercado particular en aplicaciones concretas de las mismas.

64. En el mismo sentido, debe considerarse que el pago tardío o falta de pago por parte de las instituciones de salud Mandantes a los proveedores adjudicados constituye, en primer lugar, un incumplimiento contractual. Ante este incumplimiento, los proveedores tienen la opción de utilizar las herramientas proveídas en el propio contrato de suministro para presionar al pago de las facturas pendientes (solicitar a la CENABAST autorización para suspender las entregas futuras de medicamentos) o pueden acudir a los Tribunales Ordinarios de Justicia. Al respecto, esta Fiscalía no advierte que actualmente haya impedimentos para que los proveedores impagos puedan ejercer sus derechos a través de las vías señaladas.
65. En otro orden de ideas, y sin perjuicio de lo anterior, esta Fiscalía observa que, respecto de los laboratorios oficiados⁸⁰, sus deudas vencidas agregadas apenas superan el 2,5% de sus ventas totales y que estas tampoco superan el 7% de las ventas en el canal institucional. Por tanto, resulta difícil sostener que este nivel de morosidad pudiese tener efectos anticompetitivos por la vía de poner en riesgo la viabilidad financiera de estas empresas. Pero incluso de afectarse la viabilidad financiera de algún laboratorio, ello no necesariamente significa que la Resolución 272 esté generando un efecto anticompetitivo según señala la Consultante.
66. En suma, luego de un análisis en abstracto de las cláusulas y condiciones establecidas en las Bases, esta Fiscalía no ha podido establecer la existencia de eventuales efectos anticompetitivos en el mercado de la distribución y provisión de medicamentos por laboratorios a entidades públicas de salud como consecuencia de la agregación de demanda de medicamentos.

⁸⁰ Los laboratorios oficiados fueron los once integrantes de ASILFA a la fecha de presentación de la Consulta. Al respecto ver nota 30.

POR TANTO,

SOLICITO AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA: Tener por aportados los antecedentes por parte de la Fiscalía Nacional Económica.

PRIMER OTROSÍ: De conformidad a lo establecido por este H. Tribunal en el Auto Acordado N° 7, solicito a este H. Tribunal tener por acompañada copia electrónica de este informe y su Anexo Versión Pública. ✓

SEGUNDO OTROSÍ: Sírvase este H. Tribunal, tener por acompañado con citación CD caratulado "**Anexo y Bases FNE Versión Confidencial**" que contiene:

1. Documento titulado "Anexo Confidencial" elaborado por la Fiscalía Nacional Económica. ✓
2. Archivo en Formato Excel que contiene Bases utilizadas para la elaboración del informe. ✓

TERCER OTROSÍ: Atendido que los antecedentes incluidos en el CD individualizado en segundo otrosí de esta presentación, contiene información cuya revelación podría afectar el desenvolvimiento competitivo de sus titulares, como asimismo antecedentes que dan cuenta de información comercial de carácter sensible proporcionada a esta Fiscalía en otras investigaciones relacionadas al asunto de autos, respecto de las cuales se solicitó por sus titulares expresa confidencialidad, esta Fiscalía solicita al H. Tribunal declarar que sea mantenido bajo confidencialidad tal información, conforme lo dispuesto en el Auto Acordado N° 11/2008 del H. Tribunal, en su texto modificado por el Auto Acordado N° 15/2012.

CUARTO OTROSÍ: Sírvase este H. Tribunal, tener por acompañada la versión pública de los antecedentes acompañados en el número 2 del segundo otrosí, a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el Auto Acordado N° 11/2008 del H. Tribunal, en su texto modificado por el Auto Acordado N° 15/2012.

1. CD caratulado "**Bases FNE Versión Pública**" que contiene un archivo en formato Excel. ✓

QUINTO OTROSÍ: Sírvase este H. Tribunal tener presente que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica en calidad de subrogante legal del Fiscal Nacional Económico consta de la Resolución N° 33 dictada por el Fiscal Nacional Económico, con fecha 24 de julio de 2015, tomada de razón el pasado 22 de octubre de 2015, que dispone mi nombramiento como Subfiscal Nacional, en carácter de titular a contar del 1 de abril de 2015 y por el plazo de 3 años contados desde tal fecha, cuya copia autorizada del cual se encuentra bajo la custodia en la Secretaría de ese H. Tribunal.

Cabe tener presente, que conforme a lo establecido en los artículos 4 y 74 de la Ley 18.834 (Estatuto Administrativo), y en consideración a que el Sr. Felipe Irrázabal Phillipi se encuentra impedido de desempeñar efectivamente el cargo por estar haciendo uso de su feriado legal, me corresponde asumir su cargo por el solo ministerio de la ley.

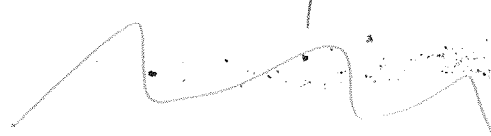
SEXTO OTROSÍ: H. Tribunal, tenga por acompañado con citación los siguientes documentos:

1. Copia de Resolución N° 33 de la FNE, con fecha 24 de julio de 2015, tomada de razón el pasado 22 de octubre de 2015, que nombra como Subfiscal Nacional, en carácter de titular a contar del 1 de abril de 2015 y por el plazo de 3 años contados desde tal fecha, a Mario Ybar Abad.
2. Certificado de fecha 3 de febrero de 2016 emitido por Ana Azar Díaz, Jefa de la División de Administración y Gestión de la FNE, que da cuenta de que el Sr. Felipe Irrázabal Phillipi, Fiscal Nacional Económico, se encuentra haciendo uso del feriado legal a contar del día 1 de febrero de 2016 y hasta el 12 de febrero de 2016, ambas fechas inclusive.
3. Resolución N° 29 de 16 de mayo de 2014 de la FNE, que renovó el nombramiento, en carácter de titular, a contar del 3 de agosto de 2014, y por el plazo de 3 años, a doña Ana Azar Díaz como jefe de División grado 3 de la escala de sueldos de la FNE.

SÉPTIMO OTROSÍ: Sírvase tener presente este H. Tribunal que, habiéndose acreditado mi personería para actuar en representación de la Fiscalía Nacional Económica Asimismo, y en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, con el domicilio ya indicado, asumo el patrocinio de la Fiscalía Nacional Económica en estos autos, y confiero poder a los abogados de la Fiscalía Mabel Ahumada Castillo y Julie Massmann Wyneken, todos habilitados para el ejercicio de la profesión, de mismo domicilio, con quienes podré actuar conjunta, separada e indistintamente y que firman junto a mí en señal de aceptación.

OCTAVO OTROSÍ: A fin de imponer a esta parte del estado de la Consulta, al H. Tribunal solicitamos tenga presente las siguientes direcciones de correo electrónico: mahumada@fne.gob.cl y jmassmann@fne.gob.cl.



AUTORIZO PODER ES.
SANTIAGO, 05 DE febrero DE 2016.

SECRETARIO ABOGADO _____