

Santiago, 19 JUN. 2017

VISTOS:

- 1) La denuncia de un particular referida a posibles prácticas anticompetitivas contenidas en las bases de licitación del Hospital Barros Luco Trudeau ID 2069-101-LR16 –para suministro de ciclosporina- (“**Licitación**”), medicamento utilizado principalmente en la prevención del rechazo de los trasplantes de órganos y en diversas enfermedades autoinmunes;
- 2) Las consideraciones del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respecto a la responsabilidad de los órganos del Estado como adquirentes de bienes y servicios en el mercado, en particular, la Sentencia 132/2013 del TDLC en autos C 242-12 caratulados *Demanda contra Servicio de Registro Civil e Identificación*; la Sentencia 114/2011, de 17 de noviembre de 2011, dictada en autos N° 206-2010, caratulados *Rossano Renzo Droghetti Lobos contra Dirección de Compras y Contratación Pública*; y la Resolución 50/2017, dictada en autos NC-432-2015 caratulados *Consulta de Asilfa A.G. sobre la Resolución Afecta N° 272, que contiene las Bases Administrativas Tipo que Rigen los Proceso de Licitación Pública de Compras de Medicamentos*;
- 3) Lo resuelto y analizado por esta Fiscalía en Informe y Resolución de Archivo Rol FNE 2385-16 caratulados *Investigación sobre eventuales restricciones a la competencia en bases de licitación para la compra de medicamentos*, relativa a un eventual abuso de posición dominante en la adquisición de medicamentos oncológicos;
- 4) La Minuta de Archivo de la División Antimonopolios, de fecha 12 de junio de 2017;
- 5) Lo dispuesto en los artículos 1, 2, 3 y 41 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973 (“**DL 211**”); y,

CONSIDERANDO:

- 1) Que la presentación señala que los criterios y exigencias contenidos en las bases de la Licitación serían discriminatorios y establecerían barreras de entrada ilegales y arbitrarias;
- 2) Que, en particular, el denunciante reclama en contra del requisito de postulación de ofertar por el ítem completo de productos del principio activo ciclosporina, que incluye las presentaciones de 10 mg, 50 mg, 100 mg y 100 mg bebible, en instancias que solo uno de los laboratorios participantes cuenta con registro sanitario para comercializarlas todas;
- 3) Que, tal como ha señalado el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, a fin de determinar la licitud de la conducta ejecutada por el Hospital Barros Luco resulta necesario determinar si este tiene poder de compra, esto es, si tiene la capacidad de afectar no sólo a unos oferentes en particular sino que la oferta en general¹.
- 4) Que, al respecto, de conformidad al análisis efectuado por esta Fiscalía, plasmado en el informe de la División Antimonopolio del visto cuarto, el Hospital Barros Luco carece de poder de mercado en la adquisición de ciclosporina, razón por la cual su conducta no habría afectado la libre competencia en dicho mercado.
- 5) Que, sin perjuicio de lo anterior, en el contexto de la admisibilidad se observaron razones médicas que justificarían la adquisición de las diferentes dosis de la ciclosporina de un mismo laboratorio. Dichas justificaciones se deberían principalmente al carácter de estrecho margen terapéutico que detenta la ciclosporina, esto es, la existencia de una pequeña diferencia entre las dosis de eficacia óptima y la tóxica, en virtud del cual una mayor o menor absorción de la dosis óptima de la molécula por parte del paciente, puede derivar en fallos de la farmacoterapia y el consecuente rechazo del órgano.

¹ Resolución TDLC 50/2017, dictada en autos NC-432-2015 caratulados *Consulta de Asilfa A.G. sobre la Resolución Afecta N° 272, que contiene las Bases Administrativas Tipo que Rigen los Proceso de Licitación Pública de Compras de Medicamentos*, considerando 59.

- 6) Que, en virtud de lo anterior, esta Fiscalía considera que no existe mérito suficiente para dar inicio a una investigación.

Comentario adicional: Los organismos públicos en las bases de licitación de los productos y servicios que adquieren deben evitar incorporar exigencias injustificadas que puedan alterar el proceso competitivo de la licitación, beneficiando a uno o más postulantes en desmedro de los demás, por cuanto los artículos 5 y 8 bis de la Ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, imponen a los órganos del Estado la libre concurrencia de los oferentes a los procesos concursales, y el eficiente uso de los recursos públicos.

RESUELVO:

1.- **ARCHÍVESE** el expediente Rol N° 2404-16, sin perjuicio de la facultad de la Fiscalía Nacional Económica de velar permanentemente por la libre competencia en los mercados y el derecho del denunciante de interponer directamente una demanda ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; sin que el presente pronunciamiento afecte o pueda afectar cualquier acción de fuente distinta a la normativa de libre competencia frente a organismos de naturaleza distinta a la FNE.

2.- **ANÓTESE Y COMUNÍQUESE.**

3° **REMÍTANSE** los antecedentes al Ministerio de Salud, en conjunto con una copia del Estudio de Licitaciones de Compras de Medicamentos en Establecimientos Públicos de Salud, de noviembre de 2014 y del Estudio sobre los Efectos de la Bioequivalencia y la Penetración de Genéricos en el Ámbito de la Libre Competencia, de septiembre de 2013, ambos de la Fiscalía Nacional Económica.

Rol FNE 2404-16

Ag.
AGU



Felipe Irarrázabal Philippi
FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO