

ANT.: Revisión bases de licitación Cenabast, en cumplimiento de sentencia de Excm. Corte Suprema en Rol N° 11.779/2017. Rol N° 2557-19 FNE.

MAT.: Informe de archivo.

Santiago, 24 de febrero de 2021

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS(S)

Por la presente vía, informo al señor Fiscal acerca de la investigación del antecedente, recomendado su archivo, en virtud de las razones que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES

A. Apertura de la presente investigación

1. Con fecha 3 de mayo de 2019, ingresó a esta Fiscalía el Oficio N° 1875 de la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud (“Cenabast” o “Central de Abastecimiento”)¹, por medio del cual presentó el borrador de las nuevas Bases Tipo² para los procesos de licitación pública de compra de medicamentos, dispositivos e insumos médicos y alimentos bajo la modalidad de distribución directa

¹ Conforme a los artículos 68 y 70 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1/2006, del Ministerio de Salud, Cenabast 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, Servicios de Salud, Municipalidades y Corporaciones Municipales, y, en general, de las entidades que se adscriban al Sistema Nacional de Servicios de Salud. 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.

² Por regla general, las bases de licitación deben pasar por el trámite de toma de razón ante la Contraloría General de la República (“Contraloría”), pero pueden quedar exentas si se ajustan a un formato tipo aprobado previamente por dicha autoridad. Estas últimas serían las denominadas Bases Tipo (numeral 9.5, párrafo 5° del Título III, de la Resolución N° 1600, de la Contraloría).

- destinados al apoyo del ejercicio de salud de dicha institución, propuesta para reemplazar a la Resolución Afecta N° 272, de 29 de julio de 2014, que aprobó las Bases Administrativas y Técnicas Tipo que regían tales procesos³ (“Resolución N° 272”).
2. Lo anterior, en cumplimiento de la sentencia de la Excm. Corte Suprema (“Corte Suprema”), de 21 de diciembre de 2017, Rol N° 11.779-2017 (“Sentencia”), la cual resolvió que Cenabast debía iniciar *“un proceso de reestudio, revisión y elaboración de las condiciones impuestas a través de las Bases Tipo (...) contenidas en la Resolución Afecta N°272/2014, oyendo a los laboratorios involucrados y con participación de la Fiscalía Nacional Económica”*⁴ (énfasis añadido).
 3. Con fecha 29 de mayo de 2019, esta Fiscalía resolvió iniciar investigación, bajo el Rol FNE N° 2557-19, con el objeto de recabar los antecedentes necesarios para dar cumplimiento a la parte resolutive de la Sentencia de la Corte Suprema.
 4. Durante el curso de la investigación, se sostuvieron reuniones con Cenabast y se revisaron siete borradores de bases. Finalmente, con fecha 17 de noviembre de 2020, Cenabast dictó la Resolución Afecta N° 316/2020 (“Resolución N° 316”) que contiene la versión final de las nuevas bases administrativas y técnicas tipo, las que vendrían a reemplazar a las bases establecidas por la Resolución N° 272⁵. Ese mismo día, Cenabast informó a este Servicio que había remitido la Resolución N° 316 a la Contraloría para toma de razón, procedimiento que aún no ha llegado a término⁶.

³ Con posterioridad a la Resolución N° 272, el 10 de enero de 2017, Cenabast ingresó a la Contraloría unas nuevas Bases Tipo, respecto de las cuales la Contraloría tomó razón el 8 de marzo de 2018, entrando en vigencia y siendo las Bases Tipo utilizadas actualmente en los procesos licitatorios de Cenabast (Resolución Afecta N° 341/2016). En razón de esto, la Asociación Industrial de Laboratorios Farmacéuticos Chilenos A.G. inició un procedimiento contencioso ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, caratulado “Demanda de Asilfa en contra de Cenabast”, Rol C N° 374-2019, señalando que este organismo público no habría cumplido la sentencia de la Excm. Corte Suprema, de 21 de diciembre de 2017, Rol N° 11.779-2017, además de que esta asociación considera que los términos de la Resolución Afecta N° 341/2016 mantendrían la mayoría de los términos de las Bases Tipo reprochados por la mencionada sentencia.

⁴ Corte Suprema, sentencia de 21 de diciembre de 2017, Rol N° 11.779-2017, resuelvo I.

⁵ Con fecha 15 de octubre de 2020, esta Fiscalía acompañó una presentación al procedimiento contencioso caratulado “Demanda de Asilfa en contra de Cenabast”, Rol C N° 374-2019, la cual incluye una versión anterior del contenido de este informe, al ser realizada con anterioridad a la dictación de la Resolución N° 316.

⁶ Dicha remisión se realizó mediante Oficio Ord. N° 4114 de Cenabast, y una copia del mismo también fue enviado a esta Fiscalía.

B. Sentencia de 21 de diciembre de 2017 de la Corte Suprema (Rol N° 11.779-2017)

5. Con fecha 16 de noviembre de 2015, la Asociación Industrial de Laboratorios Farmacéuticos Chilenos A.G. (“ASILFA”) inició un procedimiento no contencioso ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”), caratulado *“Consulta de Asilfa A.G. sobre la Resolución Afecta N° 272, que contiene las Bases Administrativas Tipo que Rigen los Procesos de Licitación Pública de Compras de Medicamentos”*, bajo el Rol NC N° 432-15 (“Consulta”)⁷.
6. Según lo señalado por ASILFA, la Resolución N° 272 contenía ciertos aspectos que podían generar riesgos para la libre competencia. En particular, (i) permitía la agregación de demanda de medicamentos de establecimientos públicos históricamente morosos; (ii) establecía un sistema de derechos, obligaciones, sanciones y garantías favorables a la parte compradora; y (iii) no otorgaba derechos autónomos a los proveedores (laboratorios) para evitar el riesgo financiero derivado de la morosidad y falta de pago de los establecimientos públicos, permitiendo que, en la práctica, se extendiesen los plazos de pago y se obligara a los proveedores a mantener el suministro de medicamentos.
7. Con fecha 6 de marzo de 2017, mediante Resolución N° 50, el TDLC concluyó que no existían antecedentes que permitiesen sostener que la Resolución N° 272 no se ajustaba al Decreto Ley N° 211 (“DL 211”), principalmente porque *“las Bases [contenidas en la Resolución N° 272] no se refieren a un producto en particular, [por lo que,] no es posible definir el mercado relevante en el que se insertan”*. En consecuencia, tampoco era factible determinar si Cenabast tenía poder de compra y, así, poder evaluar si la Resolución N° 272 afectaba o no el proceso competitivo⁸.
8. Contra la resolución del TDLC, ASILFA interpuso un recurso de reclamación ante la Corte Suprema, quien acogió dicho recurso con fecha 21 de diciembre de 2017, en base a los argumentos que se exponen a continuación.
9. En primer lugar, la Sentencia señala que Cenabast es un actor relevante en el canal institucional de venta de medicamentos⁹, erigiéndose como el principal comprador y

⁷ En este proceso también se hizo parte la Cámara de la Innovación Farmacéutica de Chile A.G.

⁸ TDLC, Resolución N° 50/2017, párrafo 77°.

⁹ 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

concentrando una demanda cuya dimensión no puede encontrarse en otros actores de ese rubro¹⁰. Por tanto, gozaría de una posición dominante en el mismo¹¹.

10. En segundo lugar, la Corte Suprema estimó que la satisfacción de la necesidad de abastecer de medicamentos al sector público no puede traer consigo una afectación de la libertad económica de los oferentes, debiendo existir una relación de equilibrio entre las partes, independiente del interés público involucrado en materia de contratación pública¹².
11. En este contexto, la Corte Suprema observó que sería efectivo que varios establecimientos públicos mantendrían deudas morosas con los laboratorios¹³, y si bien Cenabast no tiene facultad de reducir los plazos máximos de pago con que cuentan dichos establecimientos para saldar sus deudas con los laboratorios¹⁴⁻¹⁵, dicha institución sí puede generar incentivos para su pago oportuno y evitar las moras¹⁶. Lo anterior, precisamente, mediante el establecimiento de medidas de control del cumplimiento de las obligaciones de los establecimientos en las bases de licitación¹⁷.
12. Por otra parte, a juicio de la Corte Suprema, obligar a los proveedores a soportar la mora en su patrimonio, produciría una serie de distorsiones dentro del mercado (“Distorsiones”), a saber:

ambulatorias que otorgan a la población. Los prestadores de salud del sector público tienen la posibilidad de adquirir los medicamentos por cuenta propia o mandar a la Cenabast para que compre algunos de los medicamentos que requieren estas instituciones. En: FNE, Aporte de antecedentes, 5 de febrero de 2016, en causa Rol NC N° 432-2015, 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, foja 748.

¹⁰ Op. cit., Nota N° 4, considerando 5°.

¹¹ *Ibíd.*, considerandos 6° y 8°.

¹² *Ibíd.*, considerandos 9° y 10°.

¹³ *Ibíd.*, considerado 11°.

¹⁴ *Ibíd.*, considerando 12°.

¹⁵ Ello, en razón de la existencia de la Resolución Afecta N° 379, de 11 de septiembre de 2015, que modificó la Resolución N° 272 estableciendo un plazo máximo para pagar de 30 días, salvo que una norma legal establezca un plazo superior. Como consecuencia de esta resolución, el año 2016 se modificó el mandato tipo de intermediación que tiene Cenabast con los proveedores, conforme a lo señalado en Resolución Exenta N° 804, de 1 de febrero de 2016, de Cenabast. Actualmente, de acuerdo a correo electrónico de la Central de Abastecimiento, de fecha 28 de septiembre de 2020, el actual mandato de intermediación entre este organismos público y los proveedores, aprobado por la Resolución N° 5998, de 8 de noviembre de 2019, señala que los establecimientos públicos deben pagar a los proveedores una vez recepcionadas conformes las facturas, dentro de plazo máximo legal, esto es lo establecido en la Ley N° 21.131, o en la normativa dictada con posterioridad que se pronuncie sobre el particular, o bien, dentro del plazo indicado en la Ley de Presupuesto para cada tipo de establecimiento.

¹⁶ Sin que para este fin resulte apta la sola posibilidad de solicitar la suspensión del despacho de medicamentos en la forma en que se encontraba regulada. Respecto a la regulación del procedimiento de suspensión de entrega de productos, ver sección III.A siguiente.

¹⁷ Op. cit Nota N° 4, considerandos 11° y 12°.

- i. Desincentivaría a los oferentes a competir *“al añadir incertidumbre respecto de la real obtención del beneficio económico buscado”*¹⁸.
 - ii. Produciría un aumento en los precios de las ofertas económicas de los participantes de las licitaciones, pues los oferentes estarían en la obligación de considerar la mora al momento de fijar los valores a ofrecer¹⁹.
 - iii. Impediría *“la entrada al mercado de competidores que no se encuentren en condiciones de soportar el retraso en los pagos o la insolvencia del deudor”*, funcionando como una barrera a la entrada²⁰.
13. Conforme a lo anterior, la Corte Suprema ordenó a Cenabast estudiar las condiciones o elementos establecidos en la Resolución N° 272, con la participación de los laboratorios y de esta Fiscalía, con el objeto de realizar modificaciones que tiendan a eliminar las Distorsiones y a mejorar el equilibrio entre las partes contratantes²¹.
14. Finalmente, cabe mencionar que la Corte Suprema cuestionó la falta de explicitación en la Resolución N° 272 del destino de los fondos obtenidos por la aplicación de multas por Cenabast a los proveedores, solicitando que esto fuese ajustado²². Ello, en atención a que, de acuerdo a la ley que regula a Cenabast, las fuentes de financiamiento de este organismo público no incluyen los montos percibidos por las sanciones aplicadas a los proveedores²³.

II. PROCESO DE REVISIÓN DE LA RESOLUCIÓN N° 272 Y ELABORACIÓN DE LA RESOLUCIÓN N° 316.

15. A continuación, se explicará brevemente el proceso seguido por la Central de Abastecimiento para la elaboración del borrador de bases. La primera versión de este borrador fue presentado inicialmente a esta Fiscalía por Cenabast en mayo de 2019 (mediante el Oficio N° 1875), siendo actualizado por última vez el 20 de julio de 2020 por dicha institución (en respuesta al Oficio Ord. N° 33 de esta Fiscalía). Su versión final se encuentra contenida en la Resolución N° 316, de 17 de noviembre de 2020.

¹⁸ *Ibíd.*, considerando 10°.

¹⁹ *Ibíd.*, considerando 10°.

²⁰ *Ibíd.*, considerando 10° y 16°.

²¹ *Ibíd.*, considerando 16°.

²² *Ibíd.*, considerandos 13° y 15°.

²³ *Ibíd.*, considerando 13° y 15°.

16. En lo que sigue, se distingue entre el proceso institucional llevado por dicho organismo público, la participación de los laboratorios y la colaboración de esta Fiscalía.

A. Proceso interno de Cenabast

17. En cuanto al proceso institucional, en virtud de lo declarado por la Central de Abastecimiento²⁴, para la redacción de las nuevas bases se formó, a inicios del año 2018, un comité permanente denominado “Comité Técnico de Bases”, conformado por algunas áreas operativas de esta institución²⁵. Dicho comité habría registrado al menos 33 sesiones que figuran en 23 actas, siendo la última de aquellas sesiones la celebrada el 26 de abril de 2019²⁶.
18. A su vez, Cenabast indicó que asistieron a las sesiones del Comité Técnico de Bases otras unidades de este organismo público, dependiendo de los temas a tratar, con el objeto de colaborar en asuntos específicos como, por ejemplo, el desarrollo de una plataforma online que reduciría el tiempo que demora Cenabast en otorgar la autorización de suspensión de entrega de medicamentos en caso de existir mora por parte de un establecimiento público y, también, un nuevo catálogo de multas con el fin de equilibrar la relación comercial entre las partes de cada transacción (esto es, comprador y proveedor)²⁷.

B. Participación de los laboratorios

19. Respecto a la participación de los laboratorios, este Servicio constató la existencia de dos audiencias de lobby en virtud de la Ley N° 20.730, solicitadas por ASILFA y realizadas en las dependencias de Cenabast los días 20 de abril y 21 de junio de 2018²⁸. En tales audiencias, se habría discutido la Sentencia y ASILFA habría entregado su propuesta en relación a este mismo punto.

²⁴ Declaración de fecha 20 de junio de 2019.

²⁵ Unidades de Cenabast tales como, el Departamento de Compras, la Dirección Técnica y la Dirección de Finanzas. En: Declaración de fecha 20 de junio de 2019.

²⁶ Respuesta al Oficio Ord. N° 33, de 9 de julio de 2020. Estas sesiones se realizaron con una frecuencia de 2 a 3 veces por mes. Adicionalmente, Cenabast declaró que hubo ciertas sesiones en que los temas eran muy específicos por lo que el comité trabajaba directamente en el documento, no dejándose acta en esos casos. En: Declaración de fecha 20 de junio de 2019.

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ En cuanto a los asistentes y las materias tratadas en las audiencias ver: <https://www.leylobby.gob.cl/instituciones/AO003/audiencias/2018/27789/245905>;

20. Asimismo, en estas audiencias Cenabast solicitó a ASILFA y la Cámara de la Innovación Farmacéutica A.G. (“CIF”) que sus asociados informaran qué establecimientos públicos estarían en deuda y cuáles serían los montos pendientes, toda vez que, debido al modelo de facturación y pago directo por parte de los establecimientos públicos a los laboratorios, Cenabast no estaría en posesión de dicha información²⁹⁻³⁰.
21. Con posterioridad, Cenabast citó a una reunión para informar los resultados del procesamiento de los datos enviados por los laboratorios, además de comunicar el estado del cumplimiento de la Sentencia. Dicha reunión se realizó con fecha 7 de diciembre de 2018 en las dependencias de Cenabast y asistieron representantes de ASILFA, CIF y PROLMED³¹. Los resultados del análisis de Cenabast muestran que la deuda asociada al periodo que comprende los años 2015 a 2017, representaría aproximadamente el 1% del monto total despachado por los proveedores considerados dentro del estudio³².

C. Participación de la Fiscalía Nacional Económica

22. Tal como se indicó anteriormente, Cenabast presentó una primera versión de bases con fecha 3 de mayo de 2019, las que tenían por objeto reemplazar las bases tipo contenidas en la Resolución N° 272, para que este Servicio pudiera participar del proceso de estudio según lo ordenado en la Sentencia.
23. Posteriormente, a lo largo de esta investigación, esta Fiscalía recibió varias actualizaciones de dicho borrador de bases tipo. En particular, Cenabast presentó

<https://www.leylobby.gob.cl/instituciones/AO003/audiencias/2018/27789/263595> [última visita: 8 de octubre de 2020]

²⁹ En: <https://www.leylobby.gob.cl/instituciones/AO003/audiencias/2018/27789/245905> [última visita: 8 de octubre de 2020]

³⁰ Consta de los antecedentes presentados por Cenabast una serie de correos electrónicos entre esta institución, ASILFA, CIF y la Asociación de Productores Locales de Medicamentos (“PROLMED”) con el objetivo de que estas asociaciones remitieran la información requerida por la Central de Abastecimiento. En: Respuesta al Oficio Res. N° 374, de 24 de junio de 2019.

³¹ Respuesta al Oficio Res. N° 374, de 24 de junio de 2019.

³² Cabe señalar que para esta Fiscalía no fue posible replicar el análisis realizado por Cenabast, debido a que se entregó información ya procesada acerca de la deuda de los establecimientos (tal información habría contenido facturas que no pertenecían a los procesos licitatorios en estudio, las cuales fueron eliminadas por la Central de Abastecimiento). Asimismo, se precisa que los resultados dentro de la sección IV de este Informe no son del todo homologables al estudio realizado por Cenabast, ya que, como se verá más adelante, dicho análisis considera la mora asociada a las solicitudes de suspensión de medicamentos, mientras que el análisis de Cenabast considero la mora total a los laboratorios de las asociaciones señalas previamente (independiente de si estas solicitaron o no la suspensión de medicamentos).

un total de siete borradores, los que fueron recibidos con fechas 3 de mayo, 1º de julio, 25 de octubre y 13 de diciembre, todas de 2019; y 15 de mayo, 8 de junio y 20 de julio, todas de 2020.

24. Luego, como se indicó anteriormente, con fecha 17 de noviembre de 2020, Cenabast remitió a esta Fiscalía la Resolución N° 316, que contiene la versión final de las nuevas bases administrativas y técnicas tipo que vendrían a reemplazar a las aprobadas por la Resolución N° 272, la que actualmente se encuentra en el trámite de toma de razón ante la Contraloría.
25. En relación a la colaboración de esta Fiscalía, la División Antimonopolios citó a declarar a representantes de Cenabast para que explicaran detalladamente sobre las diferencias observadas entre la Resolución N° 272 y la primera versión de bases³³ remitidas a este Servicio. Asimismo, se solicitaron antecedentes adicionales a Cenabast a efecto de revisar las justificaciones de los cambios incluidos en el borrador, y sus potenciales efectos en el mercado³⁴. Por otro lado, también se tomaron declaraciones a participantes de la industria³⁵.
26. Posteriormente, esta División realizó un total de siete reuniones con la Central de Abastecimiento a efecto de comentar las sucesivas propuestas de este organismo público y aclarar dudas que surgieron durante el proceso de revisión³⁶.
27. A continuación, se describirán los cambios de la versión final recibida por este Servicio, contenida en la Resolución N° 316, en relación con la anterior Resolución N° 272, junto con el análisis realizado por esta División.

III. DESCRIPCIÓN DE CAMBIOS ENTRE LAS RESOLUCIONES N° 272 Y N° 316

28. La Resolución N° 316 contiene una serie de cambios en comparación con la Resolución N° 272, los que se pueden agrupar en: (i) cambios de carácter formal y/o técnico que tienen por finalidad precisar aspectos de las Bases Tipo; y (ii) cambios

³³ Diligencia realizada el 20 de junio de 2019 en la cual asistió en representación de Cenabast: (i) el director(s); (ii) el jefe de la Unidad Inteligencia de Negocios, y; (iii) el jefe de la Unidad de Planificación de Demanda.

³⁴ Se realizaron tres solicitudes de información vía Oficio Ors. N° 374, de 24 de junio de 2019, y los Oficios Ord. N° 33 y N° 1439, de fechas 9 de julio y 6 de agosto de 2020, respectivamente.

³⁵ Declaraciones confidenciales de fechas 3 y 11 de septiembre de 2019.

³⁶ Dichas reuniones fueron realizadas con fechas 6 de septiembre de 2019 y 6 de enero de 2020 en dependencias de esta Fiscalía. Asimismo, en atención a la pandemia Covid-19, las siguientes reuniones se llevaron a cabo vía remota, de fechas 28 de mayo, 28 de julio, 31 de julio, 5 de agosto y 18 de agosto, de 2020.

que tienen por objeto corregir o disminuir las Distorsiones identificadas por la Corte Suprema³⁷.

29. Los cambios de tipo formal no son abordados en el presente informe, sin perjuicio de que cabe destacar uno en particular, consistente en la explicitación que realizó Cenabast respecto del destino de las multas cobradas a los laboratorios, de acuerdo a lo expresamente requerido por la Corte Suprema³⁸.
30. Asimismo, las modificaciones de carácter técnico no forman parte de este estudio, en atención a que se encuentran fuera del alcance de las condiciones que la Corte Suprema estimó que generaban Distorsiones en los procesos licitatorios de Cenabast.
31. Lo anterior, sin perjuicio de que es responsabilidad del organismo licitante evaluar y establecer requisitos técnicos que sean proporcionados y justificados teniendo en consideración el resguardo de la libre competencia en cumplimiento del DL 211. En otras palabras, la Administración tiene el deber de identificar, siempre que sea factible, las distintas alternativas que permitan alcanzar los objetivos deseados y evaluar sus eventuales efectos, de manera de optar por aquella que sea menos restrictiva o lesiva de otros objetivos de política pública, tales como la libre competencia³⁹.
32. En la misma línea, de acuerdo a las conclusiones del Informe Final del Estudio de Compras Públicas de esta Fiscalía⁴⁰, publicado durante el mes de noviembre de 2020, los aspectos técnicos de las bases de licitación no deben establecer criterios innecesariamente exigentes (dada la naturaleza del bien licitado) o con un alto grado de discrecionalidad (dentro de la evaluación de las ofertas)⁴¹.

³⁷ Ver supra párrafo 12.

³⁸ En efecto, en la Resolución N° 316, sección XV, 3.2, p. 34, se indica que “De conformidad a lo indicado por la Excelentísima Corte Suprema, en causa ROL N° 11.779-2017, el producto de las multas que se apliquen a los proveedores será provisionado por CENABAST, sin que ingresen a su patrimonio ni pueda disponer de dichos montos. Por tanto, CENABAST devolverá dichos montos a sus mandantes, de acuerdo a procedimiento que será publicado e informado en página web de CENABAST”.

³⁹ En este contexto, esta Fiscalía recomienda que los Órganos de la Administración del Estado lleven a cabo un examen preventivo de impacto del acto o actuación administrativa que pretenden implementar, para evaluar los posibles efectos negativos sobre la libre competencia que la actuación prevista pueda generar. Al respecto, se puede consultar la Guía Sector Público y Libre Competencia de esta Fiscalía, disponible en: <https://www.fne.gob.cl/guia-sector-publico-y-libre-competencia-2/>

⁴⁰ Informe Final del Estudio de Compras Públicas (EM05-2019) de la División Estudios de Mercado de esta Fiscalía, de noviembre de 2020. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/11/Informe-Final-EM05.pdf>

⁴¹ *Ibíd.*, numerales I.A.i, VII.A, y IX.C.i.

33. Por su parte, el segundo grupo de modificaciones, que será descrito a continuación –y analizado posteriormente en la sección IV–, consiste básicamente: (i) en la implementación de un nuevo procedimiento de suspensión de entrega de medicamentos a un establecimiento público, lo que tiene por objeto incentivar pagos oportunos y evitar que los proveedores deban soportar las consecuencias de la mora de éstos; y (ii) en la implementación de medidas de transparencia para con los proveedores, junto a la reducción del catálogo de multas, que buscan disminuir los niveles de incertidumbre relacionados con el proceso licitatorio (y posterior relación contractual), así como también equilibrar los derechos y obligaciones de las partes involucradas.

A. Cambios al procedimiento de autorización de la suspensión de entregas de medicamentos a un establecimiento público

34. El principal cambio que presenta la Resolución N° 316 respecto de la Resolución N°272 es la modificación del procedimiento de autorización de la suspensión de entregas de medicamentos a un establecimiento público una vez que este último incurre en mora.
35. Es importante recordar que Cenabast hace de intermediador dentro de las compras de medicamentos, alimentos e insumos y dispositivos de uso médico para el abastecimiento de los establecimientos de la red pública salud, a través de un modelo de compra agregada y distribución directa del proveedor adjudicado hacia los centros de salud⁴².
36. Conforme a ello, es el proveedor adjudicado quien debe realizar la cobranza de los productos entregados, donde los servicios y establecimientos de salud son responsables directos del pago. Dentro de este modelo se establece la cláusula que permite suspender las entregas de productos ante la falta de pago de estas instituciones públicas⁴³.
37. A continuación, la Tabla N° 1 muestra una comparación entre lo regulado por la Resolución N° 272 y lo establecido en la Resolución N° 316:

⁴² Cenabast, Unidad de Inteligencia de Negocios, Minuta suspensión de entregas Cenabast, mayo, 2019.

⁴³ *Ibíd.*

Tabla N° 1: Comparativo del procedimiento suspensión de entregas entre las resoluciones N° 272 y N° 316*

Temas	Resolución N° 272 (sección XII, N° 2)	Resolución N° 316 (sección XIII, N° 8)
Facultad/Obligación de autorizar	CENABAST podrá autorizar a un proveedor la suspensión de las entregas futuras de un producto de intermediación, sólo una vez que se cumplan copulativamente las siguientes condiciones:	CENABAST autorizará a un proveedor la suspensión de las entregas futuras de un establecimiento público o privado, correspondiente a las entregas de productos de intermediación, solo una vez que se cumplan los siguientes requisitos copulativamente:
Requisitos de la solicitud	1. Solicitud del proveedor en tal sentido, ingresada a través de la Oficina de Partes de CENABAST, en que se detalle el cumplimiento de cada una de las condiciones previstas para ello y que se indican a continuación;	1. Solicitud del proveedor mediante la plataforma web dispuesta para este proceso.
	2. Que el proveedor haya efectuado en tiempo y forma las entregas anteriores del producto en cuestión respecto del punto de entrega;	2. Que el proveedor no presente sanciones por concepto de no entrega dentro de los tres meses anteriores a la revisión.
	3. Que hayan transcurrido a lo menos 30 días o el plazo superior que establezca para el pago otra norma legal, según corresponda, de vencido el plazo establecido en este capítulo para el pago de la(s) facturas(s), sin que ésta(s) se encuentre(n) pagada(s); y ⁴⁴	3. Que hayan transcurrido a lo menos 15 días de vencido el plazo para el pago de las(s) factura(s).
	4. Que la suspensión se encuentre exclusivamente acotada al producto y al (los) punto(s) de entrega en que incide el incumplimiento.	
Procedimiento post solicitud	<p>Una vez presentada la solicitud, CENABAST verificará el cumplimiento de las citadas condiciones y emitirá un pronunciamiento al respecto dentro de un plazo no superior a 15 días hábiles.</p> <p>Alternativamente al procedimiento anterior, CENABAST podrá aceptar solicitudes de esta índole que den cumplimiento a los requisitos expuestos, a través de medios electrónicos una vez que se encuentren operativos en la página de CENABAST (www.cenabast.cl).</p> <p>Una vez efectuado el pago, el proveedor deberá proceder inmediatamente al restablecimiento de las entregas, previa coordinación con CENABAST.</p> <p>En el evento de proceder a la suspensión de las entregas sin cumplirse las condiciones establecida, se aplicarán las sanciones que correspondan de acuerdo a lo dispuesto en punto 3.5.4 del capítulo XIII de estas Bases.</p>	<p>Una vez ingresada la solicitud, CENABAST verificará el cumplimiento de las condiciones citadas y notificará a las partes involucradas.</p> <p>Se dispondrá de un monitor web para la comunicación entre el proveedor y el establecimiento. El proveedor deberá responder a las observaciones del establecimiento ingresadas en el monitor de acuerdo a los plazos establecidos en el art. 43 de la ley N° 19880, de lo contrario se entenderá por abandono del procedimiento.</p> <p>Con todo, desde la solicitud de suspensión de entrega por parte del proveedor, en caso de no existir respuesta del establecimiento obligado al pago dentro de un plazo de 5 días hábiles, se bloquearán por sistema dichas entregas futuras y nuevos contratos celebrados con el proveedor.</p> <p>Para mayor información y transparencia, se dispondrá de un manual de uso, en plataforma Web CENABAST.</p>

*Énfasis añadido.

Fuente: Elaboración propia en base a Resolución N° 272, y respuesta al Oficio Ord. N° 33, de fecha 9 de julio de 2020.

⁴⁴ Modificación introducida por el numeral 1°, letra G, de la Resolución Afecta N° 379, de fecha 11 de septiembre de 2015, de Cenabast.

38. Como se puede observar de la Tabla N° 1, existe una diferencia en el nivel de certeza que otorga la Resolución N° 272 y la Resolución N° 316 a los proveedores al solicitar la suspensión de entregas. En efecto, la Resolución N° 316 indica que Cenabast “autorizará” la suspensión –luego del cumplimiento de ciertos requisitos– mientras que la Resolución N° 272 señalaba que Cenabast “podrá autorizar” o no tal suspensión, incluso si se cumplen los requisitos allí señalados.
39. Este cambio, de acuerdo a lo indicado por la Central de Abastecimiento, implicaría que el proceso de suspensión sería objetivo, es decir, al cumplir con los requisitos establecidos, Cenabast debe ordenar la suspensión de entrega, ya que la corroboración de las exigencias se haría de forma inmediata y automática a través de una plataforma web, la cual también estaría a disposición de los proveedores⁴⁵. Esto contrasta con lo establecido en la Resolución N° 272, que dejaba a discreción de Cenabast autorizar o no la suspensión de entregas.
40. Por otro lado, la Tabla N° 1 muestra que el tiempo de mora sobre el cual los proveedores deben esperar para solicitar e iniciar la suspensión de entregas disminuyó de 30 a 15 días corridos, contados desde la fecha de vencimiento del plazo para el pago de la factura correspondiente. De igual forma, se observa que anteriormente Cenabast contaba con 15 días hábiles para pronunciarse respecto de las solicitudes y ahora tal plazo se redujo a un máximo de 5 días hábiles, durante los cuales el establecimiento que incurrió en la mora puede hacer observaciones respecto a la solicitud del proveedor⁴⁶.
41. En relación a la objetividad del proceso de suspensión de entregas y el nuevo plazo que tendría Cenabast para resolver, esto se encontraría actualmente vigente, desde octubre de 2018, toda vez que la Central de Abastecimiento –a esa fecha– habría modernizado dicho proceso *“bajo la lógica comercial de autocontrol del proceso, donde la expectativa de venta dirige este sistema hacia la regularización de deuda y normalización de despachos”*⁴⁷.

⁴⁵ Declaración de fecha 20 de junio de 2019. En ese sentido, la nueva plataforma no admitiría solicitudes de suspensión que no cumplan con los requisitos señalados en el borrador.

⁴⁶ Por ejemplo, el establecimiento de salud podría indicar dentro de esos 5 días hábiles que ha regularizado su situación (es decir, ha pagado la factura que originó la solicitud de suspensión), como también podría informar de que se encuentra al día con el pago de sus facturas, pero que hubo un problema de coordinación entre él y su proveedor.

⁴⁷ Op. cit., Nota N° 42.

42. En definitiva, la Central de Abastecimiento comenzó a automatizar el procedimiento, que hasta septiembre de 2018 se realizaba en forma manual, emitiendo documentos que se conducían a través de correo certificado y verificando en forma manual las posibles regularizaciones de clientes⁴⁸.
43. Finalmente, el objeto de esta modificación sería reducir la incertidumbre de los proveedores, así como generar incentivos a los establecimientos públicos para que paguen dentro de plazo, tal y como se verá en la sección IV siguiente.

B. Cambios en materia de transparencia, nuevo catálogo de multas y fijación del monto de garantía

44. Otro cambio presente en la Resolución N° 316 son las modificaciones vinculadas al principio de transparencia⁴⁹, que consisten básicamente en otorgar una mayor publicidad a los actos de Cenabast a través de su página web⁵⁰. Lo anterior con el fin de reducir en alguna medida la incertidumbre en torno a las utilidades económicas esperadas por parte de los proveedores, y a los procesos licitatorios en sí mismos, incentivando así la participación de interesados en ellos⁵¹.
45. De este modo, si bien la Resolución N° 272 no trata expresamente esta materia en sus Bases Tipo, la Resolución N° 316 incorpora los siguientes aspectos:
 - a. Las resoluciones que contengan mandatos entre Cenabast y los establecimientos se publicarán oportuna y debidamente en su página web⁵².
 - b. En el caso de los contratos de suministro, la Central de Abastecimiento publicará en su página web información referencial sobre la demanda de productos⁵³.
 - c. El procedimiento de suspensión de entregas contará con un manual de uso para los proveedores en plataforma web de Cenabast⁵⁴.

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ De acuerdo al artículo 16 de la Ley N° 19.880 que establece bases de los procedimientos administrativos, en virtud de este principio, son públicos los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, así como sus fundamentos y documentos en que éstos se contengan, y los procedimientos que utilicen en su elaboración o dictación.

⁵⁰ Sobre este punto, cabe añadir que ASILFA indicó en su recurso de reclamación que *“reprocha también la falta de publicidad en las decisiones que afectan a los proveedores, infringiéndose así el principio de transparencia consagrado en la Ley N° 19.880”*. Op. cit., Nota N° 4, p. 24.

⁵¹ Véase la primera de las Distorsiones dentro de la sección I.B del presente Informe.

⁵² Resolución N° 316, considerando 14°, p. 2.

⁵³ Resolución N° 316, sección I, punto 9.1, literal b), p. 7.

⁵⁴ Resolución N° 316, sección XIII, punto 8, p. 31.

- d. La Central de Abastecimiento se comprometerá a comunicar y publicar en su página web, con la debida antelación, todo acto administrativo que diga relación con situaciones o instrucciones de aplicación general para con los proveedores⁵⁵.
46. En la misma línea, cabe hacer presente que Cenabast cuenta con capacidad de publicar información agregada de las solicitudes de suspensión⁵⁶, información que permitiría a los proveedores identificar el alcance actual del comportamiento moroso de los establecimientos públicos. Sin embargo, la Resolución N° 316 no cuenta con ninguna mención respecto a la publicación de esta información.
47. Por otro lado, la Resolución N° 272 contiene un catálogo de 12 tipos de infracciones con multas asociadas⁵⁷, que la Resolución N° 316 reduce de forma considerable, quedando finalmente cuatro tipos de infracciones⁵⁸. Éstas serían las siguientes:
- a. No ingreso de stock solicitado dentro de plazo: 15% del valor total neto no informado.
 - b. Atraso en la entrega de productos: 1% diario del valor total neto de los productos gestionados con retraso.
 - c. No entrega de productos: 35% del valor total neto de los productos no entregados.
 - d. No conformidad en certificación presencial: 10 UTM.
48. Cabe destacar que la Resolución N° 316 especifica sobre lo que se entenderá por “atraso” y “no entrega de productos” a efecto de aplicar las respectivas sanciones económicas⁵⁹, lo cual no estaba explicitado en la Resolución N° 272. Adicionalmente, la Resolución N° 316 elimina las sanciones de sobreprecio e incumplimiento de propuesta de solución aceptada que estipulaba la Resolución N° 272⁶⁰.

⁵⁵ Resolución N° 316, p. 34.

⁵⁶ Respuesta al Oficio Ord. N° 1439, de fecha 6 de agosto de 2020.

⁵⁷ Resolución N° 272, sección XIII, punto 3.4, p. 46. Dentro del catálogo de multas se establece un caso en que la sanción es el término del contrato. En razón de que no es una multa propiamente tal, está no fue contabilizada por esta División.

⁵⁸ Resolución N° 316, sección XV, punto 3.2, pp. 33 y 34.

⁵⁹ Resolución N° 316, sección XV, punto 3.2, literales b) y c), p. 33.

⁶⁰ Resolución N° 272, sección XIII, puntos 3.2 y 3.3, p. 45.

49. Asimismo, la Resolución N° 316 incorpora una cota superior para la aplicación de multas, de manera que estas no superen el 35% del monto total del contrato⁶¹, lo cual tampoco estaba contemplada en la Resolución N° 272. Esta última sólo se limitaba a fijar una cota inferior general a aplicar⁶², la cual se mantiene en la Resolución N° 316⁶³.
50. Finalmente, la Resolución N° 272 exigía una garantía de fiel cumplimiento del contrato de un monto del 10% del valor total bruto del contrato, el cual podía ser aumentado a un 30% si así lo estimaba Cenabast⁶⁴. La Resolución N° 316 eliminó esta facultad de la Central de Abastecimiento, y fijó como monto de garantía de fiel cumplimiento un 15% del valor total bruto del contrato o su valor total neto estimativo en caso de contratos de suministro⁶⁵.

IV. ANÁLISIS DE LOS CAMBIOS ESTABLECIDOS EN LA RESOLUCIÓN N° 316 RESPECTO A LA SENTENCIA

51. En razón de los cambios previamente descritos, esta División procedió a analizar la capacidad de los mismos para reducir las Distorsiones que –de acuerdo a la Sentencia– producían las Bases Tipo contenidas en la Resolución N° 272. Así, dicho análisis permite concluir que los cambios en la Resolución N° 316 tienden a disminuir el riesgo de mora para los proveedores, a aumentar los incentivos de pago para los establecimientos públicos y a reducir la incertidumbre asociada a los procesos licitatorios en estudio.
52. De esta forma, a continuación, se observa que:
- a. El nuevo proceso de suspensión es más objetivo, certero y rápido que el anterior, estableciendo un efecto directo y efectivo sobre el abastecimiento de los establecimientos públicos, en caso de no regularizar su situación financiera.
 - b. Los cambios en materia de transparencia, junto al nuevo catálogo de multas y fijación del monto de garantía de fiel cumplimiento del contrato, contribuyen al equilibrio de la relación comercial entre las partes contratantes y a reducir la incertidumbre en torno a estos procesos licitatorios.

⁶¹ Resolución N° 316, sección XV, punto 1, p. 32.

⁶² Resolución N° 272, sección XIII, punto 1.3, p. 44.

⁶³ Resolución N° 316, sección XV, punto 1, p. 32.

⁶⁴ Resolución N° 272, sección IV, puntos 3.5 y 3.6, p. 19.

⁶⁵ Resolución N° 316, sección V, punto 3.4, p. 10.

A. Análisis del nuevo proceso de suspensión

53. De acuerdo a lo ya señalado, Cenabast comenzó a utilizar en octubre de 2018 un sistema automatizado para la revisión de solicitudes de suspensión de entregas⁶⁶, el cual aspiraría a formar parte del nuevo procedimiento propuesto en la Resolución N° 316 (contemplando la objetividad y plazos sugeridos en este último).
54. En atención a ello, esta División consideró oportuno comparar el tratamiento de dichas solicitudes antes y después de este cambio implementado por la Central de Abastecimiento. Lo anterior, a partir de la información recopilada de un total de 28.173 solicitudes de suspensión de medicamentos autorizadas por Cenabast entre enero de 2016 y junio de 2020⁶⁷.
55. En esa línea, se observa como resultado que el nuevo procedimiento de suspensión presentaría mejoras en cuanto uso práctico, siendo una herramienta de incentivo para el pago puntual de los establecimientos públicos. Ambos puntos se explican en detalle a continuación.
- i. El nuevo proceso de suspensión es más objetivo, preciso y rápido que el anterior**
56. En primer lugar, los cambios al procedimiento de suspensión de entrega de medicamentos contemplan plazos más expeditos por parte de Cenabast. En efecto, los días de mora (necesarios para poder iniciar una solicitud de suspensión) disminuyeron de 30 a 15 días corridos, mientras que el plazo del procedimiento (tiempo ante el cual Cenabast debe entregar una respuesta) disminuyó de 15 a 5 días hábiles⁶⁸.
57. Como se indicó anteriormente⁶⁹, el plazo de respuesta de Cenabast establecido en la Resolución N° 316 se ha estado aplicando desde finales del año 2018, por lo que

⁶⁶ Ver supra párrafo 41.

⁶⁷ En respuesta al Oficio Ord. N° 1439, de fecha 6 de agosto de 2020. Por otro lado, cabe mencionar que Cenabast no cuenta con información completa y confiable respecto de las solicitudes de suspensión rechazadas (entre enero de 2016 y octubre de 2018), y es por ello que el análisis de esta sección se realizó solo en base a las solicitudes aceptadas.

⁶⁸ Ver Tabla N° 1.

⁶⁹ Ver supra párrafo 41.

esta División tuvo la posibilidad de evaluar el efecto y factibilidad de ambos plazos en la práctica.

58. Así, la Tabla N° 2 muestra los plazos efectivos asociados al procedimiento, estos son: el número de días corridos de mora de los establecimientos, al momento de la solicitud⁷⁰; y el número de días hábiles que demoró la autorización de suspensión por parte de Cenabast⁷¹. Lo anterior, entre enero de 2016 y junio de 2020.

Tabla N° 2: Plazos efectivos del procedimiento de suspensión de entrega de medicamentos, desde enero de 2016 a junio de 2020

Año	Nº de días corridos de mora que el proveedor espera para iniciar la solicitud* (promedio)	Nº de días hábiles en que Cenabast entrega una respuesta (promedio)
2016	-	21,7
2017	-	30,0
2018	115,7	42,7
2019	134,5	5,2
2020 (ene-jun)	206,8	5,1

*Información disponible solo desde noviembre de 2018 hasta junio de 2020.

Fuente: En base a respuesta a Oficio Ord. N° 1439, de fecha 6 de agosto de 2020.

59. Conforme se observa de la Tabla N° 2, el número de días de mora que los proveedores decidieron esperar entre enero de 2018 y junio de 2020, para recién iniciar el procedimiento de suspensión, es notablemente superior a los 30 días que establece la Resolución N° 272 y a los 15 días determinados en la Resolución N° 316⁷².
60. Por otro lado, la Tabla N° 2 también muestra que, desde la implementación de la nueva plataforma de suspensión, el número de días en que Cenabast otorga una respuesta disminuyó considerablemente en la práctica⁷³. Por ello, esta División

⁷⁰ Contempla el número de días corridos desde la fecha de recepción conforme de productos por parte del establecimiento público (que debiera ser próxima a la fecha de facturación), hasta la fecha en que el proveedor envió la solicitud de suspensión a Cenabast, menos los 30 días corridos de plazo de pago. Esto último, conforme a lo indicado en las letras F y G, del resuelvo N° 1, de la Resolución Afecta N° 379, de fecha 11 de septiembre de 2015.

⁷¹ Corresponde al número de días hábiles desde la fecha de la solicitud por parte del proveedor, hasta la fecha de respuesta de autorización por parte de Cenabast. Adicionalmente, cabe señalar que en el análisis, se consideraron como días hábiles los días de lunes a viernes, incluso en el caso de feriados particulares para Chile.

⁷² De este modo, los proveedores estarían, de forma voluntaria, solicitando las suspensiones de entrega con más de 100 días corridos con posterioridad al plazo que tienen para presentar la solicitud. En este sentido, sería posible considerar que el plazo de 30 días que debe esperar el proveedor conforme a la Resolución N° 272 para presentar la solicitud de suspensión de entrega no sería relevante, ya que, de ser la hipótesis contraria, sería de esperar que dicho número fuera cercano al plazo de 30 días.

⁷³ En promedio, de 31 a 5 días hábiles aproximadamente.

estima que el plazo de la Resolución N° 316 para que Cenabast resuelva las solicitudes de suspensión es factible de cumplir⁷⁴.

61. Asimismo, el hecho de que ahora exista completa certeza sobre los criterios de Cenabast para autorizar una solicitud⁷⁵, implica que los proveedores –que cumplen con los requisitos exigidos en la Resolución N° 316– debieran tener completa seguridad de que, al iniciar el procedimiento, éste será aceptado dentro de 5 días hábiles. La otra opción sería que el establecimiento público regule su situación de mora dentro de esos 5 días, y el procedimiento pase inmediatamente a estar regularizado, lo que constituye un escenario aún más favorable para dicho proveedor.
62. En consecuencia, lo anterior debiera reducir la incertidumbre y pérdidas generadas en caso de que un establecimiento público incurra en mora y, por ello, debieran aumentar los incentivos a participar dentro de estos procesos licitatorios, así como también los oferentes debieran internalizar –en los precios de sus ofertas– la disminución de este riesgo⁷⁶.
63. Sin embargo, se hace presente que los cambios a la Resolución N° 272 difícilmente podrían reducir en su totalidad el riesgo asociado a la mora de un establecimiento. Lo anterior por cuanto el no pago de una factura ya implica, de por sí, una reducción del beneficio económico esperado al momento de participar de un proceso licitatorio.

ii. El nuevo proceso de suspensión constituye un incentivo importante para que los establecimientos regularicen su situación financiera

64. En segundo lugar, atendida las características del nuevo procedimiento, una solicitud de suspensión por parte de un proveedor debiera ser un incentivo relevante para la regularización de una deuda impaga, toda vez que, si el establecimiento público incurre en mora y el proveedor cumple con los requisitos, Cenabast decretará la suspensión.

⁷⁴ En contraposición a los plazos anteriores, en donde si bien, la Central de Abastecimiento debía responder en un máximo de 15 días hábiles, dichos plazos difícilmente se cumplían en la práctica, según lo observado en la Tabla N° 2.

⁷⁵ Lo que debiera reflejarse en la disminución de los precios de las ofertas, en algún grado, siguiendo el análisis de la Corte Suprema. Ver sección I.B.

⁷⁶ Ver supra párrafo 12, literal b).

65. Para identificar si efectivamente hubo algún cambio dentro del comportamiento de pago por parte de los establecimientos públicos, la Tabla N° 3 presenta el número total de solicitudes autorizadas por Cenabast, distinguiendo entre aquellas vigentes y regularizadas⁷⁷, entre enero de 2016 y junio de 2020.

Tabla N° 3: Solicitudes de suspensión de entrega de medicamentos aceptadas, vigentes y regularizadas, desde enero de 2016 a junio de 2020

Año	Nº de solicitudes aceptadas	% de solicitudes con suspensión vigente	% de solicitudes regularizadas
2016	1.346	97,8%	2,2%
2017	4.033	97,3%	2,7%
2018	2.441	59,0%	41,0%
2019	11.952	33,7%	66,3%
2020 (ene-jun)	8.401	63,1%	36,9%

Fuente: En base a respuesta a Oficio Ord. N° 1439, de fecha 6 de agosto de 2020.

66. A simple vista, la Tabla N° 3 muestra un cambio notorio al momento de la implementación de la nueva plataforma de suspensión, teniendo como resultado que en el año 2019, más del 60% de las solicitudes fueron regularizadas por los respectivos establecimientos⁷⁸. Adicionalmente, también se observa que el número de solicitudes ha aumentado dentro de estos últimos años, tema que se tratará más adelante.
67. Por otra parte, la Tabla N° 4 muestra el monto total de deuda en pesos chilenos, asociado a las facturas impagas de las solicitudes de suspensión estudiadas⁷⁹, indicando el porcentaje de deuda que ya se encuentra regularizado, entre enero de 2016 y junio de 2020. Se incluye además el monto promedio de deuda por solicitud.

⁷⁷ Se entiende por solicitudes “vigentes” aquellas sobre las cuales Cenabast no presenta registro de pago de las facturas que originaron la solicitud de suspensión. Asimismo, las solicitudes “regularizadas” serían aquellas en que el establecimiento público: (i) pagó factura correspondiente, con posterioridad a la autorización de suspensión decretada por Cenabast; (ii) pagó la factura luego de la solicitud de suspensión por parte del proveedor, pero antes del pronunciamiento de Cenabast; o (iii) haya realizado observaciones dentro del plazo de respuesta de Cenabast, dando cuenta de algún error en la solicitud del proveedor.

⁷⁸ Respecto al año 2018, cabe señalar que cerca de un 80% de las solicitudes de suspensión realizadas entre noviembre y diciembre de 2018, fueron regularizadas por los respectivos establecimientos públicos. De esta forma, el aumento de las solicitudes regularizadas en dicho año se podría atribuir a la nueva plataforma.

⁷⁹ Sobre este punto, es necesario precisar que la deuda que se muestra en la Tabla N° 4 corresponde solamente al monto asociado a la solicitud de suspensión que inició el proveedor, y no al total de cuotas futuras que podría tener dicho proveedor con un establecimiento público. Para visualizar esto, supongamos que el proveedor A tiene un contrato de 3 cuotas con el establecimiento B. Estas cuotas tienen valores de \$100, \$200, y \$300 mil pesos chilenos. Si suponemos que A solicitó la suspensión de entregas porque B incurrió en mora con la cuota de \$200 mil pesos, la Tabla N° 4 mostraría el valor de \$200 mil pesos, y no el de \$500 (suma de las cuotas de \$200 y \$300 mil pesos), aún cuando es probable que dicha mora pueda afectar el pago de esta tercera cuota.

Tabla N° 4: Monto de deuda total, regularizado y por solicitud, en relación a las solicitudes aceptadas, desde enero de 2016 a junio de 2020

Año	Monto promedio de mora por solicitud (CLP)	Monto total de deuda en mora (CLP millones)	% de deuda regularizada
2016	600.127	802,9	1,12%
2017	1.182.691	4.763,8	2,18%
2018	801.692	1.944,1	7,04%
2019	150.886	1.770,0	63,86%
2020 (ene-jun)	99.514	822,6	37,89%

Fuente: En base a respuesta a Oficio Ord. N° 1439, de fecha 6 de agosto de 2020.

68. En la misma tabla se confirma que, posterior al nuevo procedimiento de suspensión, el monto de deuda regularizado creció considerablemente a partir del año 2019⁸⁰. También se aprecia que el monto total de deuda en mora ha disminuido a largo de los últimos años, al igual que la deuda promedio por solicitud de suspensión. Esto último, probablemente como consecuencia de que la plataforma web de suspensiones facilitó la realización de las solicitudes, permitiendo un actuar más ágil por parte de los proveedores (lo que explicaría también el aumento en las mismas observado en la Tabla N° 3).
69. Por consiguiente, esta División considera que el procedimiento de suspensiones establecido en la Resolución N° 316 entrega mayores incentivos a los establecimientos públicos para que prioricen el pago de las facturas de sus proveedores, lo que ocurre ante la amenaza creíble de que Cenabast decrete la suspensión de abastecimiento de medicamentos e insumos médicos en un muy breve plazo⁸¹.
70. Al mismo tiempo, la disminución de los riesgos de mora aumentaría los incentivos a participar dentro de estos procesos licitatorios, favoreciendo especialmente a aquellos proveedores que poseen una menor estabilidad financiera⁸².

⁸⁰ También es posible observar que, a pesar de que gran parte de las solicitudes del año 2018 fueron regularizadas, estas no constituyen a la mayoría del total de deuda en mora para dicho año.

⁸¹ Es importante indicar que con fecha 16 de enero de 2019 se publicó la Ley N° 21.131, que establece el pago de facturas a 30 días, la cual además del plazo para el pago, dispone de incentivos para que los establecimientos públicos paguen dentro de plazo como, por ejemplo, el cobro de intereses. Dicha ley incluye a Cenabast, los Servicios de Salud, las redes asistenciales y municipalidades. Al respecto, las normas sobre plazos, intereses y sanciones se aplicarán a las facturas emitidas por empresas de menor tamaño recibidas 29 meses después de publicada la ley en el Diario Oficial. Luego de transcurridos doce meses desde dicha fecha, las normas se aplicarán a las facturas emitidas, sin distinción de emisor (artículo primero transitorio de la Ley N° 21.131).

⁸² De igual forma, como ya ha señalado esta Fiscalía en el Informe Final del Estudio de Compras Públicas, cabe indicar que el pago no oportuno es el principal reclamo de los proveedores del Estado. Una de las recomendaciones para incentivar el cumplimiento de dichos plazos, sería la incorporación de un indicador dentro de las metas de eficiencia institucional de cada establecimiento, relacionado a las demoras injustificadas en los

71. A pesar de lo anterior, cabe destacar que no es posible reducir totalmente la probabilidad de que los establecimientos públicos incurran en mora, ya que uno de los principales componentes de este problema, más que una falta de incentivos para pagar, sería la escasez presupuestaria de los establecimientos públicos⁸³. De esta forma, dicho problema excedería las materias de libre competencia, siendo más bien un tema vinculado a las políticas públicas de salud y al presupuesto de la Nación.

B. Análisis de los cambios en materia de transparencia, nuevo catálogo de multas y fijación de montos de garantía

72. De acuerdo a los cambios descritos en la sección IV, las mejoras en materia de transparencia relacionadas con las solicitudes de suspensión de medicamentos, debieran contribuir a disminuir la incertidumbre de los laboratorios en torno a las licitaciones y, especialmente, en torno al actuar de Cenabast dentro estos procesos. Como consecuencia, sería de esperar un aumento en la libre competencia.
73. Ahora bien, en opinión de esta División, Cenabast podría proporcionar información más valiosa a los proveedores, acorde al contexto en el cual se enmarcan las modificaciones propuestas en la Resolución N° 316. Así, por ejemplo, la Central de Abastecimiento podría indicar el número de solicitudes de suspensión, o el porcentaje de deuda regularizado por tipo de establecimiento público, lo que ayudaría a los oferentes a estimar de mejor forma el actual riesgo asociado a la mora de un establecimiento⁸⁴.
74. Por tanto, es recomendable que Cenabast proporcione –vía página web de dicha institución– estadísticas agregadas sobre el estado de las suspensiones de entrega, con el fin de reducir aún más la incertidumbre asociada a los procesos licitatorios en estudio. Esto, tomando en consideración que la información del comportamiento de los establecimientos públicos, negativo o positivo en relación a la regularización de

pagos, y determinado por la Dirección de Presupuestos con asistencia de ChileCompra. En: Op. cit. Nota N° 40, sección IX.D.ii.

⁸³ Op. cit., Nota N° 9, fojas 767.

⁸⁴ Otra métrica útil sería la incorporación del porcentaje de licitaciones de Cenabast en las cuales se observa el uso de solicitudes de suspensión de medicamentos. De manera que los oferentes puedan evaluar en alguna medida la probabilidad de enfrentarse ante la necesidad de tener que solicitar una suspensión.

deuda por parte de los mismos, debiera ayudar a incentivar la participación dentro de estos procesos licitatorios⁸⁵.

75. Por último, respecto a la relación comercial entre comprador y proveedor de este tipo de licitaciones, la Corte Suprema ha señalado en esta materia que *“aunque la posición de los contratantes frente al escenario que los rige no sea igualitaria, debe siempre, a lo menos, ser equilibrada, a riesgo de afectar la libre concurrencia de los oferentes y, así, distorsionar el mercado”*⁸⁶.
76. En consideración a ello y con el objetivo de buscar un equilibrio en la relación entre la Administración y los proveedores, Cenabast plasmó una serie de mejoras en la Resolución N° 316, tales como la reducción del catálogo de multas, la incorporación de diversos ajustes en el sistema de sanciones y la eliminación de prerrogativas unilaterales de Cenabast. De este modo, por ejemplo, los proveedores ahora tienen completa seguridad de que existe un monto máximo en relación a la aplicación de multas, y de que el monto de la garantía de fiel cumplimiento no aumentará de forma inesperada y a discreción de la Central de Abastecimiento.
77. En virtud de lo anterior, a juicio de esta Fiscalía, los cambios propuestos tenderían a reducir el riesgo de afectación a la participación de interesados en las licitaciones convocadas por Cenabast.

V. CONCLUSIÓN

78. De acuerdo a lo establecido por la Corte Suprema en la Sentencia, Cenabast debía iniciar un proceso de evaluación de la Resolución N° 272 con el objetivo de revisar sus condiciones o elementos, y elaborar una propuesta que tendiera a eliminar las Distorsiones en el mercado del aprovisionamiento de medicamentos, dispositivos, insumos médicos y alimentos. En dicho procedimiento debía oír a los laboratorios y contar con la participación de esta Fiscalía.
79. En cuanto al procedimiento de revisión de la Resolución N° 272, se constató que existió un Comité Técnico de Bases para revisar íntegramente las Bases Tipo y hacer una nueva propuesta. Asimismo, se mantiene registro de la realización de

⁸⁵ Ver Tabla N° 4.

⁸⁶ Op. Cit. Nota N° 4, considerando 9°.

reuniones con asociaciones de laboratorios, a saber: ASILFA, CIF y PROLMED. A su vez, como se describió en la sección II.C, la División Antimonopolios de esta Fiscalía también participó de este proceso de reestudio de la referida resolución.

80. En relación con los cambios establecidos por Cenabast en su Resolución N° 316, esta División se centró en aquellos orientados a disminuir las Distorsiones observadas por la Corte Suprema. En primer lugar, el proceso de suspensión de entrega es el principal aspecto de la Resolución N° 272 que Cenabast podía mejorar, con el objeto de generar incentivos para que los establecimientos públicos realizaran sus pagos de forma oportuna.
81. Al respecto, la Resolución N° 316 –en conjunto con la nueva plataforma de solicitudes de suspensión– automatizaría dicho procedimiento de suspensión de entregas, reduciría los plazos de respuesta de Cenabast, además de ser una herramienta efectiva para que los establecimientos públicos reduzcan la mora en sus obligaciones. Por lo tanto, esta División considera que estas modificaciones tienden a mitigar las Distorsiones indicadas por la Corte Suprema.
82. En segundo lugar, la Resolución N° 316 presenta mejoras en materia de transparencia para con los proveedores, e incorpora un nuevo catálogo de multas. Esto, ayudaría a reducir la incertidumbre asociada a los procesos licitatorios y a promover el equilibrio en la relación comercial entre las partes contratantes. Así, ambas modificaciones fomentarían la libre competencia, lo que debiera repercutir en la presentación de ofertas económicas más competitivas.
83. Por último, cabe indicar que las observaciones identificadas por esta División se realizan en abstracto, respecto de las materias contenidas en la Resolución N° 316 descritas precedentemente, y no sobre licitaciones específicas. Esto no obsta a que puedan existir cláusulas o condiciones que, eventualmente, puedan tener efectos negativos sobre la competencia y/o libre competencia en futuras licitaciones que utilicen las Bases Tipo contenidas en la Resolución N° 316. Asimismo, el presente análisis no excluye las recomendaciones generales sobre procesos licitatorios realizadas por el Informe Final del Estudio de Mercado de Compras Públicas de esta Fiscalía.

84. Conforme lo expuesto, se recomienda al Sr. Fiscal Nacional Económico archivar la investigación en comento, salvo su mejor parecer. Lo anterior, sin perjuicio de las facultades de esta Fiscalía de seguir velando por la libre competencia en este mercado y de la posibilidad de analizar la apertura de una investigación, en caso de contar con nuevos antecedentes que así lo ameriten.

Saluda atentamente a usted,

ALEJANDRO DOMIC SEGUICH
JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS (S)

JMW/SSM/BGR