

EN LO PRINCIPAL: Aporta antecedentes. **EN EL PRIMER OTROSÍ:** Se tenga presente. **EN EL SEGUNDO OTROSÍ:** Acompaña documentos confidenciales del Expediente Rol N°2574-19 FNE y versiones públicas. **EN EL TERCER OTROSÍ:** Acompaña documentos confidenciales y versiones públicas. **EN EL CUATRO OTROSÍ:** Acompaña Resolución Exenta FNE N°699, de 3 de octubre de 2019. *SK*



H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ricardo Riesco Eyzaguirre, Fiscal Nacional Económico, abogado, por la **FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA** ("FNE" o "Fiscalía"), en autos caratulados "Consulta de la Asociación de Farmacias Independientes de Chile A.G. sobre la Resolución Exenta 3G N°51, de 7 de junio de 2019, del Fondo Nacional de Salud", Rol NC N°458-2019, a este H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente digo:

Que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18 N°2 y 31 N°1 del DFL N°1 de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973, y sus respectivas modificaciones ("DL 211"), vengo en aportar antecedentes en estos autos.

Tal como se expondrá a lo largo de esta presentación, el objetivo de la política pública impulsada por el Fondo Nacional de Salud ("Fonasa") a través de la Resolución Exenta 3G N°51, de 7 de junio de 2019, que aprobó las bases administrativas, técnicas y anexos y llamó a licitación pública ("Licitación")¹ para el otorgamiento de precios preferentes en medicamentos y otros productos a los más de 14 millones de beneficiarios de Fonasa, cerca del 75% de la población del país, consiste en disminuir el gasto de bolsillo en un listado amplio de más de 2.000

¹ Con fecha 28 de junio de 2019, Fonasa dictó la Resolución Exenta 3G N°57, por medio de la cual modificaron las bases administrativas, técnicas y los anexos que rigen la Licitación tras el proceso de aclaración.

medicamentos éticos (esto es, que requieren de receta médica para su compra), con una cobertura geográfica que comprenda la mayor cantidad posible de usuarios de Fonasa y con garantías de stock.

En ese sentido, y como se verá *infra*, la Licitación estableció criterios específicos para evaluar y ponderar tanto las ofertas económicas como la cobertura geográfica de las farmacias, asignando un mejor puntaje a quien ofreciese un menor precio para los medicamentos indicados en la Licitación, valorándose en mayor medida disminuciones de precios sobre medicamentos innovadores y de alto valor y, al mismo tiempo, a quien tuviera cobertura en comunas con mayor número de beneficiarios de Fonasa. Así, a juicio de Fonasa, se logra que los beneficiarios del sistema de salud público disminuyan su gasto en la compra de productos farmacéuticos que significan un mayor porcentaje de las ventas en términos monetarios, con una cobertura geográfica que permita obtener estos beneficios a la mayor proporción posible de beneficiarios².

En ese contexto, la Asociación de Farmacias Independientes de Chile A.G. (“Afich” o la “Consultante”)³ inició, con fecha 6 de agosto de 2019, el presente procedimiento de consulta para determinar si el diseño de la Licitación habría imposibilitado o no la participación de farmacias independientes (“Consulta”).

Tal como se desarrollará en esta presentación, esta Fiscalía estima que la evaluación de la Licitación, desde la perspectiva de protección de la libre competencia, requiere tener presente el objetivo de política pública antes descrito. En efecto, si bien esta Fiscalía pudo constatar que, en virtud del diseño de la Licitación, existían ciertas desventajas competitivas para presentar ofertas autónomas por parte de las farmacias independientes, ello se justificó por la necesidad de obtener una adecuada cobertura geográfica y disponibilidad de medicamentos para los beneficiarios de Fonasa ubicados en las distintas comunas del país.

² Fonasa, Aporte de antecedentes de 27 de septiembre de 2019, p.2.

³ La Consultante es una asociación gremial constituida en el año 2017, que agrupa a farmacias independientes cuyos dueños corresponden a profesionales del área químico-farmacéutica.

Precisamente por estas dificultades, Fonasa estableció mecanismos adicionales en la Licitación para posibilitar la participación de farmacias independientes, mediante las denominadas Uniones Temporales de Proveedores (“UTP”), la posibilidad de adhesión a los contratos adjudicados, e incluso celebrar nuevos convenios directamente con farmacias independientes ubicadas en comunas no cubiertas por el adjudicatario de la Licitación.

Según esta Fiscalía pudo constatar, si bien estos mecanismos tienen por objeto promover la participación de farmacias independientes en la Licitación, las dificultades tanto para participar directamente como por las otras vías establecidas en las Bases provendrían en su mayoría de condiciones estructurales existentes en la industria de los medicamentos, las que son anteriores y no tienen como causa la Licitación y, por tanto, escapan a su análisis en el marco de la Licitación.

En términos generales, las dificultades que habrían enfrentado las farmacias independientes para participar correspondían a los costos de transacción asociados a la conformación de UTP, a la incertidumbre que existiría respecto a los beneficios del mecanismo de adhesión y a las condiciones de compra y costos de aprovisionamiento de las farmacias independientes, muchas de las cuales se han eliminado, despejado o al menos morigerado en la Licitación Complementaria, según se verá *infra*.

Para efectos de orden, en esta presentación se analizan las siguientes materias:

| | | |
|--------|--|----|
| I. | ANTECEDENTES DE LA CONSULTA DE LA AFICH..... | 5 |
| I.1. | La Consulta de la Afich..... | 5 |
| I.2. | La Licitación de Fonasa..... | 6 |
| I.2.1. | Contenido general de la Licitación..... | 6 |
| I.2.2. | Criterios de evaluación de las ofertas..... | 9 |
| I.2.3. | Requisitos para participar en la Licitación..... | 11 |
| I.2.4. | Principales obligaciones de los adjudicatarios de la Licitación..... | 12 |
| I.2.5. | Etapas en que se encuentra la Licitación..... | 13 |

| | |
|---|----|
| I.3. Usuarios de Fonasa beneficiarios de la Licitación..... | 16 |
| II. DESCRIPCIÓN DE LA INDUSTRIA DE MEDICAMENTOS | 19 |
| II.1. Antecedentes generales de la industria de medicamentos | 19 |
| II.2 Descripción de la oferta de medicamentos en el canal <i>retail</i> | 23 |
| II.2.1. Productos comercializados por las farmacias..... | 25 |
| II.2.2. Clasificación de las farmacias..... | 28 |
| II.2.3. Modelos de aprovisionamiento de las farmacias | 35 |
| II.2.4. Existencia de descuentos y convenios | 37 |
| III. ANÁLISIS DE LA LICITACIÓN | 38 |
| III.1. Materia objeto de la Consulta: Evaluación de las restricciones a la participación de farmacias independientes en la Licitación..... | 38 |
| III.1.1. Posibilidad de las farmacias independientes de presentar ofertas autónomas en la Licitación | 41 |
| III.1.2. Posibilidad de las farmacias independientes de participar como Unión Temporal de Proveedores | 46 |
| III.1.3. Adhesión por parte de farmacias independientes a contratos adjudicados en Licitación..... | 48 |
| III.1.4. Celebración de convenios con farmacias independientes en comunas en las cuales el adjudicatario no cuente con establecimientos autorizados | 54 |
| III.2. Otras materias relevantes respecto de las Bases de Licitación | 54 |
| III.2.1. Interpretación de la regla contenida en el numeral 9°, letra c) de las Bases Administrativas | 55 |
| III.2.2. Dificultad en interpretación de cláusulas de igualación de precio..... | 57 |
| III.2.3. Dificultades en la interpretación de los vademécums de medicamentos exigidos por Fonasa | 59 |
| III.2.4. Plazo de presentación de las ofertas en la Licitación | 60 |
| III.2.5. Contenido del plan de difusión de la Licitación | 61 |
| IV. CONCLUSIONES | 61 |

I. ANTECEDENTES DE LA CONSULTA DE LA AFICH

I.1. La Consulta de la Afich

1. Con fecha 6 de agosto de 2019, la Afich presentó la Consulta ante el H. Tribunal, para solicitar un pronunciamiento respecto de la conformidad al DL 211 de la Licitación⁴, pidiendo que, en caso de ser procedente, se haga uso de las facultades preventivas, correctivas o prohibitivas conferidas por el artículo 18 N°2 y N°3 del DL 211.

2. En la Consulta, la Afich sostuvo que el diseño de la Licitación habría favorecido la participación como oferentes de las tres grandes cadenas de farmacias, esto es, Farmacias Cruz Verde S.A. ("Cruz Verde"), Salcobrand S.A. ("Salcobrand") y Farmacias Ahumada S.A. ("Ahumada", y junto con Cruz Verde y Salcobrand, "Cadenas"), dejando fuera e imposibilitando la participación de farmacias independientes o farmacias populares, debido principalmente a:
 - (i) Que la evaluación de la oferta de cobertura geográfica de la Licitación asignaría un mayor puntaje al oferente que tuviese cobertura en todas las comunas de la zona definida por la Licitación, lo que, a juicio de la Afich, constituiría una barrera de entrada que imposibilitaría a las farmacias independientes para participar. A esto agrega que, pese a que la Licitación permitiría participar a través de UTP, ello en la práctica no sería factible para las farmacias independientes.
 - (ii) La exigencia de ciertos servicios complementarios indicados en el numeral 7° de las bases técnicas de la Licitación ("Bases Técnicas") que, a juicio de la Afich, constituirían una barrera de entrada artificial al ser fácticamente imposibles de cumplir por parte de las farmacias independientes.
 - (iii) Los volúmenes de compra que actualmente efectuarían las Cadenas, que concentrarían el 85% del mercado de venta de medicamentos en Chile, lo que les permitiría lograr descuentos por volúmenes de compra en los

⁴ Con fecha 28 de junio de 2019, Fonasa dictó la Resolución Exenta 3G N°57, por medio de la cual se modificaron las bases administrativas, técnicas y los anexos que rigen la Licitación, tras el proceso de aclaraciones.

distintos laboratorios proveedores a los que las farmacias independientes no podrían optar.

(iv) La integración vertical que existiría entre las Cadenas y ciertos laboratorios farmacéuticos de producción de medicamentos, lo que impediría a las farmacias independientes participar en la Licitación en las mismas condiciones que dichas Cadenas.

3. Conforme a lo anterior, la Consultante solicitó al H. Tribunal hacer uso de las facultades que correspondan en orden a: (i) determinar si los aspectos y cláusulas de la Licitación constituirían un riesgo para la libre competencia; (ii) establecer las condiciones que deberían ser incorporadas o modificadas en la Licitación; o, (iii) derechamente invalidar la Licitación.

I.2. La Licitación de Fonasa

I.2.1. Contenido general de la Licitación

4. Con fecha 7 de junio de 2019, Fonasa publicó la Licitación en el portal web de mercado público, bajo el indicador ID 591-5-LQ19. Conforme establecen las bases administrativas de la Licitación (“Bases Administrativas”), la principal finalidad de Fonasa era la contratación de establecimientos del área farmacéutica que permitieran a sus beneficiarios disminuir el gasto de bolsillo en salud destinado a la adquisición de medicamentos, definiendo listados (vademécums, conforme a la terminología de la Licitación) de medicamentos de alto consumo, para proporcionarles un precio preferencial⁵.
5. Para ello, Fonasa solicitó que los establecimientos autorizados para el expendio de productos farmacéuticos ofrecieran precios preferentes para los medicamentos que se correspondieran con las 2.143 especialidades farmacéuticas determinadas en la Licitación⁶, los que, tras la suscripción del

⁵ Bases Administrativas, numeral 1°.

⁶ Las especialidades farmacéuticas corresponden a una caracterización de los medicamentos comprendidos en la Licitación de acuerdo a: (i) vademécum al que pertenecen (entre uno y seis); (ii) molécula; (iii) dosis; (iv) si tiene estudios de bioequivalencia (sí o no); y (v) número de unidades. Estas especialidades están asociadas a un número correlativo en el documento Excel disponible en el portal de Chilecompra de nombre “Planilla_Cálculo_Oferta_Económica.xlsx” (“Correlativo”), que

contrato respectivo, debían ser traspasados a todos los clientes de la farmacia adjudicada beneficiarios de Fonasa.

6. Para implementar lo anterior, Fonasa dividió el territorio nacional en cinco zonas⁷, estableciendo que los postulantes podían participar o en una o en el total de todas las zonas, no pudiendo postular a dos, tres o cuatro, debiendo presentarse la misma oferta económica para cada una en el caso de que se participase por todas. Sin perjuicio de lo anterior, la Licitación estableció que cada participante podía adjudicarse hasta un máximo de dos zonas a nivel nacional, si entre ellas se encontrase la zona central, o hasta un máximo de tres zonas si no se encontrase dicha zona incluida⁸⁻⁹.
7. Las 2.143 especialidades farmacéuticas corresponden a un listado de medicamentos éticos o de prescripción -esto es, que requieren de una receta médica extendida en forma previa a su venta- distribuidos por principio activo, dosis y presentación del medicamento. Dentro de cada especialidad farmacéutica determinada en la Licitación, los oferentes debían presentar distintas propuestas de precios preferentes, distinguiendo entre medicamentos “genéricos”, “innovadores” o “similares”¹⁰, según lo que exigiese en cada caso

es equivalente al número de “id” en la tabla contenida en el Anexo 3 de Oferta Económica de la Licitación (“Anexo 3”).

⁷ Los zonas licitadas por Fonasa corresponden a: (i) zona norte, que corresponde a las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta y Atacama; (ii) zona centro norte, que corresponde a las regiones de Coquimbo y Valparaíso; (iii) zona central, que corresponde a las regiones Metropolitana y del Libertador General Bernardo O’Higgins; (iv) zona centro sur, que corresponde a las regiones del Maule, Ñuble y Bío Bío; y (v) zona sur, correspondiente a las regiones de la Araucanía, Los Ríos, Los Lagos, Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo y Magallanes y de la Antártica Chilena.

⁸ Véase el numeral 8° de las Bases Administrativas. En caso de que algún oferente presentase la mejor oferta en más de una zona, la Licitación estableció que le serían adjudicadas aquellas zonas de acuerdo al orden de preferencias que el respectivo adjudicatario hubiese manifestado.

⁹ Conforme a la información aportada por Fonasa en su respuesta al Oficio Ord. N°1789-19 FNE, el criterio de adjudicar un máximo de zonas se estableció para evitar que una sola farmacia, a consecuencia de la Licitación, se adjudicase una ventaja muy relevante a nivel nacional. En particular, el límite habría buscado asegurar que la Licitación no fuera una herramienta para que alguna de las Cadenas aumentase significativamente su participación en la industria nacional, afectando las condiciones de competencia en la venta de medicamentos en términos más generales.

¹⁰ Definiciones de “Medicamento Innovador”, “Medicamento Similar” y de “Medicamento Genérico” contenidas en las letras e), f) y g) del numeral 3° de las Bases Técnicas. En específico, “*Medicamento Innovador: es aquel medicamento que resulta de un proceso de investigación, que regularmente está protegido por una patente y es fabricado de manera exclusiva por el laboratorio farmacéutico que lo desarrolló o bajo licencia de éste por un tercero*”; “*Medicamento Similar: es aquel medicamento que*

la Licitación, y a cada uno de ellos les asignó un distinto ponderador de evaluación¹¹. Las especialidades farmacéuticas fueron clasificadas en seis vademécums o grupos de medicamentos, correspondiente cada uno a distintos criterios de selección por parte de Fonasa y grupos terapéuticos, tal como muestra la siguiente tabla:

Tabla N°1. Vademécum de Medicamentos definidos en la Licitación

| Vademécum | Criterios de Selección | Grupos Terapéuticos |
|-----------|---|---|
| 1 | Objetivos sanitarios de salud. Patologías Crónicas de alta prevalencia y carga de enfermedad. | Neuro psiquiatría; Diabetes; Cardiovascular y Colesterol; Broncopulmonar. |
| 2 | Patologías de especialidad. Medicamentos usados por especialistas. | Ginecología; Urología; Gastro; Endocrinología; Oftalmología; Dermatología; Reumatología; Antibioterapia. |
| 3 | Orientados a Pediatría. | Pediátricos. |
| 4 | Productos OTX ¹² . Condición de venta con receta, pero consumo habitual en la población. | Analgésicos y Antiinflamatorios; Vitaminas y Minerales; Alergias, Descongestionantes Antitusivos y Expectorantes. |
| 5 | Otros grupos que incluyen productos que pueden afectar el presupuesto familiar. | Óticos; Antivirales; Migraña; Hematológicos; Antimicóticos orales; Otros. |
| 6 | Innovadores, sin alternativa. Alto Costo (> USD \$ 100). | Innovadores sin sustituto; Drogas presentes en todos los vademécums. |

Fuente: Fonasa, Bases Técnicas, Numeral 5°.

8. En la siguiente tabla se indica el número total de productos farmacéuticos solicitados, correspondientes a las combinaciones de las 2.143 especialidades

una vez vencida la patente cualquier laboratorio puede registrar sin estudios de equivalencia terapéutica con el innovador”; y “Medicamento Genérico: los medicamentos genéricos son copias del medicamento innovador u original, es decir, aquel producto que cuenta con el sustento de los estudios preclínicos y clínicos que permite concluir que es seguro y eficaz para la población”.

¹¹ A partir del análisis de los ponderadores de evaluación de la oferta económica de la Licitación, es posible constatar que se evaluó con un mejor ponderador a los descuentos ofrecidos respecto de medicamentos innovadores y similares, que respecto de descuentos en medicamentos genéricos.

¹² Medicamentos éticos de venta bajo receta simple, que, en la práctica se comercializan mediante venta directa. Véase: FNE. Informe de Archivo de fecha 31 de agosto de 2015, relativo a Denuncia de H. Diputado Gabriel Silber Romo contra Ahumada, Cruz Verde y Salcobrand, Rol 2199-13 FNE, p.16.

farmacéuticas indicadas en la Licitación con las respectivas clasificaciones de medicamentos solicitadas (innovadores, similares y genéricos).

Tabla N°2. Número de medicamentos solicitados en la Licitación

| Productos | Bioequivalentes | | Total |
|--------------|-----------------|--------------|--------------|
| | Sí | No | |
| Innovadores | 55 | 862 | 917 |
| Similares | 568 | 1.838 | 2.406 |
| Genéricos | 92 | 150 | 242 |
| Total | 715 | 2.850 | 3.565 |

Fuente: Elaboración propia en base a la información disponible en la web de Chilecompra¹³.

9. Dentro de las condiciones esenciales de la Licitación se estableció que el contrato a suscribir con las farmacias debía ser a título gratuito para Fonasa.

1.2.2. Criterios de evaluación de las ofertas

10. Conforme establecen las Bases Administrativas¹⁴, los oferentes debían incluir en su oferta: (i) sus antecedentes legales y administrativos; (ii) la propuesta de cobertura geográfica; y (iii) la propuesta económica. La propuesta de cobertura geográfica debía indicar todas las comunas en las cuales el oferente contase con al menos un establecimiento (propio o franquicia), mientras que la

¹³ En el cálculo de la Tabla N°2 se consideró la exigencia establecida en el numeral 5°, letra c), de las Bases Técnicas y lo señalado en el Anexo 3. En específico, para cada una de las 2.143 especialidades farmacéuticas se consideró el tipo de medicamento solicitado (innovador, similar y/o genérico), obteniéndose un total de 3.565 combinaciones ("combinaciones"). Así entonces, cada combinación corresponde a una especialidad farmacéutica (o Correlativo) y un tipo de medicamento específicos. Estas combinaciones fueron singularizadas en la tabla del Anexo 3. Adicionalmente, Fonasa señaló un total de 1.203 especialidades farmacéuticas de tipo similar que eran opcionales de incorporar en la oferta.

Por otra parte, es preciso hacer notar que, se encontraron 32 especificaciones de molécula, dosis, bioequivalencia, número de unidades y tipo de medicamento asociadas a dos Correlativos, y por tanto combinaciones, diferentes. De ellas, ocho corresponden a innovadores y 24 a similares.

También se encontraron otras combinaciones muy similares diferenciadas sólo por la especificación del número de unidades, donde una de ellas era más restrictiva que la otra. De este modo, un producto farmacéutico ofertado en la combinación con la especificación más restrictiva también podía ser incorporado dentro la oferta en la combinación menos estricta. Este es el caso de, por ejemplo, las especialidades farmacéuticas de Correlativos 20 y 21 y tipo de medicamento innovador, donde el número de unidades señalado en el primer caso es de "60", mientras que en el segundo es de "60 (/50)".

Otro caso que produce similar efecto, es el de los Correlativos 55 y 56 para el tipo de medicamento similar, donde el número de unidades especificadas en el primer caso es de "200 (/dos)", y en el segundo es "200 (/dos)".

¹⁴ Véase el numeral 9° de las Bases Administrativas.

propuesta económica debía indicar el precio de referencia (correspondiente al precio de venta al cierre del año 2018) y el precio ofertado para cada uno de los medicamentos incluidos en su oferta, correspondiente al precio de venta final a cobrar al beneficiario Fonasa.

11. En cuanto a la evaluación de las ofertas, las Bases Administrativas¹⁵ establecieron que la oferta económica representaría un 80% de la ponderación total, la cobertura geográfica un 18% y el cumplimiento de los requisitos formales un 2%.
12. La evaluación de las ofertas económicas sería determinada conforme a los precios ofertados para cada medicamento, donde se sumaría el puntaje obtenido en cada producto, conforme al ponderador determinado en la Licitación para cada uno de ellos. La ponderación para cada medicamento se determinó conforme a lo dispuesto en el numeral 12.2 letra a) de las Bases Administrativas, correspondiendo una mayor ponderación de acuerdo a: (i) las ventas agregadas del producto en el mercado; (ii) si se trata de productos clasificados como similares o innovadores; y (iii) si se trata de productos comprendidos en el vademécum 1 y 6¹⁶.
13. Para evaluar la cobertura geográfica, la Licitación asignó el mejor puntaje a quien tuviera cobertura en todas las comunas de la zona respectiva, usando un ponderador diferenciado para cada comuna, que varía según la población

¹⁵ Véase el numeral 12.2 de las Bases Administrativas.

¹⁶ Conforme a la información aportada por Fonasa en su respuesta al Oficio Ord. N°1789-19 FNE, los ponderadores por medicamento de la oferta económica se calcularon usando como base un registro de medicamentos con los precios de venta y las cantidades vendidas en Chile durante el año 2018. El objetivo de Fonasa para fijar estos ponderadores fue el de *sobre ponderar* los vademécums 1 y 6 de acuerdo a criterios sanitarios y económicos, en línea con los objetivos de política pública delineados por el Ministerio de Salud. En efecto, el vademécum 1 priorizaría remedios de primera necesidad y de consumo general por parte de la población, mientras que el vademécum 6 priorizaría los medicamentos de alto costo, pero bajo volumen. Por otro lado, la ponderación diferenciada para medicamentos innovadores y similares respecto de los genéricos respondería a la necesidad de darle menor importancia a los descuentos en genéricos, que ya contarían con precios relativamente bajos y que estarían siendo incentivados a través de otras medidas que actualmente impulsaría el Ministerio de Salud.

adscrita a Fonasa en cada una. De esta manera, en aquellas comunas en que existe mayor número de beneficiarios Fonasa se asignó un puntaje mayor.

I.2.3. Requisitos para participar en la Licitación

14. La Licitación estableció la posibilidad de que participasen personas naturales, jurídicas y UTP¹⁷, que correspondan a establecimientos del área farmacéutica que cuenten con autorización sanitaria para el expendio de productos farmacéuticos.

15. Conforme a lo anterior, los interesados tenían la posibilidad de presentar ofertas de manera individual o conjuntamente con otras farmacias a través de UTP, para lo cual debían coordinar el listado de precios preferentes a beneficiarios Fonasa de los medicamentos ofertados. Para este caso se estableció que no podrían constituir o ser parte de una UTP aquellas personas naturales o jurídicas que fueran titulares de 50 o más establecimientos del área farmacéutica, incluyéndose aquellos con los que han celebrado contratos de franquicia o uso de marca común.

16. Por otro lado, las Bases Administrativas establecieron que, durante la vigencia de los contratos adjudicados, cualquier farmacia puede adherirse a dichos contratos¹⁸, siempre que (i) no se haya adjudicado un contrato de Fonasa en otra zona licitada ni cuente con contrato de franquicia u otro similar con un adjudicatario; y (ii) no cuente con más de 10 puntos de venta en la zona respectiva.

17. Adicionalmente, las Bases Administrativas establecieron que, durante la vigencia de los contratos adjudicados en cada zona, Fonasa podrá celebrar

¹⁷ Véase el numeral 2° de las Bases Administrativas. Las UTP se encuentran definidas en el artículo 67 bis del Decreto Supremo N°250 del Ministerio de Hacienda, que aprueba el Reglamento de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, que establece que “[s]i dos o más proveedores se unen para el efecto de participar en un proceso de compra, deberán establecer, en el documento que formaliza la unión, a lo menos, la solidaridad entre las partes respecto de todas las obligaciones que se generen con la Entidad y el nombramiento de un representante o apoderado común con poderes suficientes”.

¹⁸ Véase el numeral 8.1. de las Bases Administrativas.

convenios con otras farmacias en aquellas comunas en las cuales el adjudicatario no cuente con establecimientos autorizados¹⁹, siempre que: (i) dicha farmacia no se haya adjudicado un contrato de Fonasa en otra zona licitada ni cuente con contrato de franquicia u otro similar con un adjudicatario; y (ii) no cuente con más de 10 puntos de venta en la zona respectiva.

18. Tanto para la adhesión a los contratos como para los convenios en comunas no adjudicadas, la Licitación estableció que la farmacia deberá cobrar el mismo precio propuesto en la oferta que haya sido adjudicada, debiendo además contar con, al menos, una especialidad farmacéutica respecto de cada medicamento incluido en los vademécums N°1 y N°2 y cumplir con las demás obligaciones que establece la Licitación respecto del adjudicatario, incluyendo el cumplimiento del plan de difusión, de los deberes de confidencialidad y los servicios complementarios que se establecen en el numeral 7° de las Bases Técnicas. Con todo, la farmacia respectiva sólo podrá sumarse al convenio con un máximo de un punto de venta por comuna y, tratándose de empresas de menor tamaño regidas por la Ley N°20.416, los contratos suscritos podrían establecer la gradualidad en la implementación de los servicios complementarios que exige la Licitación, sin aclarar cómo operaría esta gradualidad.

I.2.4. Principales obligaciones de los adjudicatarios de la Licitación

19. La Licitación estableció que el adjudicatario estará obligado a asegurar a los beneficiarios de Fonasa el cobro del precio ofertado respecto de los medicamentos que forman parte de la Licitación por un periodo de dos años. En el caso que, excepcionalmente, el adjudicatario no disponga de alguno de los medicamentos señalados, deberá mantener para la venta medicamentos intercambiables entre sí, ya sea bioequivalentes o similares, al precio ofertado en la Licitación.

¹⁹ Véase el numeral 8.2 de las Bases Administrativas.

20. Junto a lo anterior, y en forma complementaria a las obligaciones indicadas *supra*, quien se adjudique el contrato deberá cumplir con los servicios complementarios indicados en el numeral 7° de las Bases Técnicas (“Servicios Complementarios”), consistentes en: (i) implementar un sistema de registro de las ventas realizadas a los beneficiarios Fonasa y de registro y validación de las recetas médicas de dichos usuarios, denominado “Cuenta de Consumo Individual”, que deberá ser actualizado diariamente y podrá ser consultado a través del sitio web de la farmacia por cada beneficiario, para conocer el uso del beneficio, y por Fonasa, para acceder a la totalidad de la información de los beneficiarios de Fonasa; (ii) elaborar informes estadísticos para Fonasa, en virtud de lo cual se deberá proporcionar información de la totalidad de las transacciones de los beneficiarios Fonasa, sean o no parte de la Licitación, e información estadística respecto de ciertos ítems como especialidad del médico, diagnóstico, medicamento prescrito, características del paciente tales como edad, sexo, entre otros; y (iii) contar con sistemas computacionales que permitan el registro de las ventas y una correcta identificación del beneficiario Fonasa, para dar acceso al cliente al beneficio y cumplir las obligaciones indicadas en los puntos (i) y (ii).

I.2.5. Etapa en que se encuentra la Licitación

21. Conforme al calendario de la Licitación, tras 75 días corridos de su publicación, con fecha 21 de agosto de 2019 la Licitación fue cerrada, publicándose el día 22 de agosto del presente año las ofertas recibidas: (i) de Ahumada, que presentó una oferta sólo para la zona central de la Licitación; y (ii) de Salcobrand, que presentó una oferta para todas las zonas de la Licitación.
22. Con fecha 2 de septiembre de 2019 se evaluaron las ofertas presentadas y, posteriormente, con fecha 4 de septiembre de 2019 el Director Nacional de Fonasa dictó la Resolución Exenta 2B N°12907/2019, en la que se determinó (i) desestimar la propuesta de Salcobrand, por no resultar conveniente a los

- intereses de Fonasa²⁰; (ii) adjudicar a Ahumada la zona central; y (iii) declarar desierta la Licitación respecto de las zonas norte, centro norte, centro sur y sur.
23. Cabe indicar que Ahumada presentó una oferta para la zona central por 2.460 combinaciones de especialidades farmacéuticas y tipos de medicamento, que cubren aproximadamente un 69% de aquellas señaladas en el Anexo 3²¹.
24. Finalmente, con fecha 10 de septiembre de 2019, el Director Nacional de Fonasa dictó la Resolución Exenta 3G N°79, que aprobó las bases administrativas, técnicas y sus anexos y llamó a licitación pública complementaria de la Licitación, para adjudicar las zonas pendientes (“Licitación Complementaria”).
25. A diferencia de la Licitación que motiva la consulta de autos, la Licitación Complementaria establece que los contratos se adjudicarán a un oferente en cada una de las 14 regiones del país pendientes de adjudicación, sin agruparlas en zonas. Para ello, aquellos oferentes que cuenten con establecimientos (propios, de franquicia o marca común) en más de cinco regiones, deberán postular obligatoriamente al menos a cuatro regiones. En cuanto al límite máximo de regiones a adjudicar, la Licitación Complementaria establece que cada oferente podrá adjudicarse el número de regiones que agrupe hasta el 65% de los beneficiarios de Fonasa del país²². Por otro lado,

²⁰ Al respecto, Fonasa determinó que no era posible evaluar la oferta económica de Salcobrand, pues su propuesta habría sido presentada con errores que consistieron en postular como medicamentos similares a productos que tienen la condición de innovadores, e incorporar productos innovadores en la columna de medicamentos similares, no ajustándose a la exigencia del numeral 9°, letra c) de las Bases Administrativas.

²¹ Cabe señalar que a las 2.460 combinaciones de especialidades farmacéuticas y tipos de medicamentos se suman 297 del tipo similar, que eran opcionales de incorporar. Esto, de un total de 1.203 especialidades farmacéuticas similares que se podían agregar a la oferta de manera opcional, como fue señalado *supra* en nota al pie N°13. Añadidas las combinaciones opcionales, Ahumada presentó un total de 2.757 combinaciones de especialidades farmacéuticas y tipos de medicamento.

²² Para el cálculo de dicho porcentaje, la Licitación Complementaria establece que se considerarán los beneficiarios de Fonasa de todo el país, incluyendo a los de la Región Metropolitana y del Libertador General Bernardo O’Higgins. Del mismo modo, la Licitación Complementaria establece el orden de adjudicación que se seguirá entre las regiones. En caso de que una región no pueda ser adjudicada al mejor oferente por exceder éste la regla de regiones máximas a adjudicar, dicha región

la Licitación Complementaria modifica el número de medicamentos solicitados, reduciéndose a 1.379 productos.

26. En cuanto a la posibilidad de adherirse a los contratos, la Licitación Complementaria establece que deberá cobrarse como máximo el precio de la oferta adjudicada en cada uno de los medicamentos que expenda dicha farmacia, debiendo Fonasa requerir en cada caso un listado de medicamentos a incorporar en el acuerdo. Adicionalmente, se eliminan las limitaciones establecidas en la Licitación en cuanto al número máximo de locales por farmacia que pueden adherirse y se establecen limitaciones para las garantías de fiel cumplimiento del contrato²³.
27. Por otra parte, la Licitación Complementaria establece nuevos criterios de evaluación de las ofertas, donde la oferta económica baja a un 60% de la ponderación total, la cobertura geográfica y el cumplimiento de los requisitos formales se mantienen en un 18% y un 2%, respectivamente, agregándose la evaluación del domicilio tributario regional²⁴ y la calidad de empresa de menor tamaño, que representan un 10% cada uno.
28. Finalmente, en cuanto a los servicios complementarios que se exigen en la Licitación Complementaria, éstos se limitan a la exigencia de informes estadísticos y requerimientos de validación de la identidad de los beneficiarios de Fonasa, para lo cual se establece la provisión de una plataforma de registro gratuita, para aquellas farmacias que no cuenten con sistemas informáticos propios para elaborar los informes estadísticos²⁵.

será adjudicada a la segunda mejor oferta presentada. Cabe indicar que Fonasa se reservó el derecho a declarar desierta la Licitación Complementaria en una o más regiones, cuando el valor de la oferta económica del oferente que deba ser adjudicado sea superior en un 15% al valor de la oferta económica de cualquiera de las regiones con las que limite. Véase el numeral 8° de las Bases Administrativas de la Licitación Complementaria.

²³ Numeral 8.1 de las Bases Administrativas de la Licitación Complementaria.

²⁴ Este criterio evalúa que el domicilio indicado en la iniciación de actividades actualizada coincida con la región a la que se está postulando. En caso de que exista coincidencia, se asigna el máximo puntaje (1), y de no haber, se le asigna un puntaje de 0. Véase: numeral 12.2, letra c) de las Bases Administrativas de la Licitación Complementaria.

²⁵ Véase numeral 7° de las Bases Técnicas de la Licitación Complementaria.

I.3. Usuarios de Fonasa beneficiarios de la Licitación

29. El objetivo de la Licitación consiste en la disminución del gasto de bolsillo en medicamentos por parte de beneficiarios Fonasa. Según cifras del año 2018, existen 14.244.833 afiliados a Fonasa, lo que representa a aproximadamente un 75% de la población total del país²⁶. Los beneficiarios Fonasa acceden a las prestaciones de salud a través de dos modalidades de atención: (i) modalidad de atención institucional²⁷; y (ii) modalidad de libre elección²⁸. El valor que paga un beneficiario de Fonasa depende de la modalidad de atención que utilice.
30. En el caso de la modalidad de atención institucional, según el nivel de ingreso de los beneficiarios se distingue entre los tramos A, B, C y D, lo que determina el porcentaje de copago que le corresponde pagar al beneficiario por concepto de atenciones médicas, insumos y medicamentos en el sistema público de salud²⁹. La siguiente figura muestra el porcentaje de beneficiarios de Fonasa que pertenece a cada tramo para el año 2018:

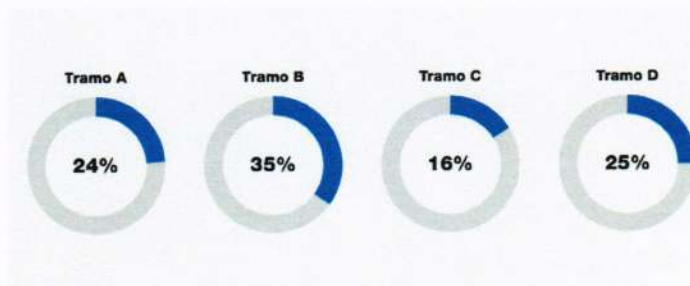
²⁶ Fonasa. Cuenta Pública Participativa Gestión 2018, p.14. Disponible en el sitio web: <<https://www.fonasa.cl/sites/fonasa/institucional/archivos>> [Fecha de consulta: 26 de septiembre de 2019].

²⁷ Corresponde a la red de atención preferente de los beneficiarios de Fonasa. A esta modalidad tiene acceso la totalidad de los beneficiarios de Fonasa, y está compuesta principalmente por prestadores públicos, complementada por algunos prestadores privados que tienen convenio con Fonasa o con los servicios de salud para ampliar la cobertura de la red pública. Se estructura en un nivel primario, compuesto por establecimientos de atención primaria de salud (centros de salud familiar, consultorios rurales y urbanos, postas de salud rural), y por niveles secundarios y terciarios, en los que se ubican hospitales, centros de referencia de salud, entre otros.

²⁸ Corresponde a la red complementaria a la de atención institucional, donde las atenciones son entregadas por profesionales y establecimientos de salud privada que hayan suscrito convenios con Fonasa y en ciertos hospitales públicos donde el beneficiario elige a su médico tratante. A esta modalidad tienen acceso los afiliados de los grupos B, C y D de Fonasa y sus cargas, quienes deben concurrir con un copago para todas las atenciones. Está compuesta principalmente por prestadores privados, tanto personas naturales como instituciones, quienes están en convenio con Fonasa para otorgar prestaciones a la población asegurada. Algunos prestadores de la red de salud pública, en la modalidad de pensionados, también tienen convenio con Fonasa para otorgar prestaciones en la modalidad de libre elección.

²⁹ Los tramos de Fonasa consisten en: (i) tramo A, integrado por aquellos beneficiarios carentes de recursos para cotizar en salud, o en condiciones de indigencia (no cotizantes); (ii) tramo B, que corresponde a los beneficiarios con ingresos menores a \$301.000 al mes (cotizantes) y a los trabajadores del sector público de salud; (iii) tramo C, integrado por los beneficiarios con ingresos entre los \$301.001 y \$439.460 al mes (cotizantes); y (iv) tramo D, donde los beneficiarios cuentan con ingresos de \$ 439.461 o más al mes (cotizantes).

Figura N°1. Beneficiarios según grupo en Fonasa, año 2018



Fuente: Fonasa. Cuenta Pública Participativa Gestión 2018.

31. En términos generales, los beneficiarios pertenecientes a los tramos A y B que se atienden en la red de atención institucional cuentan con gratuidad y un 100% de bonificación, respectivamente, mientras que el tramo C tiene un 90% de bonificación y el tramo D un 80%, existiendo regulaciones especiales en cuanto al porcentaje de cobertura para ciertas enfermedades³⁰.
32. Específicamente, en cuanto al pago de medicamentos por parte de los beneficiarios de Fonasa que se atienden en modalidad institucional, cabe

³⁰ Algunas excepciones a dichos porcentajes de cobertura generales están dadas por el Seguro Catastrófico de Fonasa, que consiste en el tratamiento de ciertas enfermedades que cuentan con una bonificación del 100% de cobertura financiera para todos los asegurados de Fonasa, independiente de su tramo, que se atiendan por la modalidad de atención institucional de la red pública y accedan a través del consultorio de atención primaria. Dentro de las prestaciones cubiertas por este seguro se incluyen: Hemodiálisis y Peritoneodiálisis; Prestaciones Cardioquirúrgicas; Prestaciones Neuroquirúrgicas; Escoliosis; Trasplante Renal; Trasplante Hepático; Atención Integral al Paciente Fisurado; Atención de Urgencia al Paciente Quemado; Atención de Urgencia al Paciente con Trauma Complejo; Prestaciones del Grupo Quimioterapia; Prestaciones del Grupo Radioterapia; y Tratamiento Farmacológico del VIH.

Por otro lado, el plan de Garantías Explícitas de Salud GES opera a costo cero para el tramo A y B, para los mayores de 60 años de edad y para quienes reciben pensiones asistenciales con copago del 10% de las prestaciones con un tope de 21 cotizaciones mensuales por una enfermedad, y 31 cotizaciones por dos o más enfermedades para los beneficiarios del tramo C; y con copago del 20% de las prestaciones con un tope máximo de 29 cotizaciones mensuales por una enfermedad y 43 cotizaciones mensuales por dos o más enfermedades para los beneficiarios del tramo D de Fonasa. Por su parte, la Ley N°20.850 (Ley Ricarte Soto) cubre el 100% del diagnóstico y tratamientos basados en medicamentos, dispositivos médicos y alimentos para ciertas enfermedades raras o de alto costo.

Existe una regulación especial a las coberturas de medicamentos, dada por el Fondo de Farmacia (Fofar) que tiene como objetivo entregar oportuna y gratuitamente los medicamentos para el tratamiento de hipertensión, diabetes, colesterol y triglicéridos altos, financiando la entrega de medicamentos e insumos médicos a beneficiarios mayores de 15 años que se atiendan en el sistema público de salud para las patologías de Diabetes Mellitus tipo 2, Hipertensión arterial, Dislipidemia (colesterol alto) e insumos para el manejo avanzado de heridas de pie diabético.

indicar que todos los beneficiarios cuentan con un 100% de bonificación para las atenciones médicas, insumos y medicamentos entregados en los establecimientos de atención primaria³¹, mientras que para las atenciones médicas, insumos y medicamentos entregados en hospitales (nivel terciario, de alta complejidad), los tramos A, B y los beneficiarios mayores de 60 años, cuentan con gratuidad y un 100% de bonificación, respectivamente. El tramo C, en tanto, cuenta con un 60% de bonificación, debiendo pagar el 40% del valor de los medicamentos y el tramo D con un 35% de bonificación, pagando un 65% del valor de los medicamentos.

33. En el caso de la modalidad de libre elección, a diferencia de la atención institucional, el copago no depende del tramo de ingreso al que pertenece el beneficiario, sino que del nivel de inscripción del profesional o institución de salud en convenio con Fonasa³² elegido por el beneficiario, disponible sólo para beneficiarios de los tramos B, C y D. En este caso los beneficiarios de Fonasa deben adquirir sus medicamentos en farmacias, al no existir copago por parte de Fonasa asociado a dichos medicamentos.
34. En consideración a lo anterior, actualmente existe un importante porcentaje de beneficiarios de Fonasa que adquieren sus medicamentos de manera gratuita o con un porcentaje relevante de copago en la modalidad de atención institucional.
35. Pese a lo anterior, según esta Fiscalía pudo constatar de las diligencias realizadas para emitir este Informe³³, existiría un importante número de beneficiarios de Fonasa que se atenderían actualmente bajo la modalidad de

³¹ 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 atención ambulatoria a través de Centros de Salud, Centros de Salud Familiar, Centros Comunitarios de Salud Familiar, Postas de Salud Rurales y Servicios de Atención Primaria de Urgencia, entre otros.

³² Existen tres niveles de inscripción, donde los profesionales y/o establecimientos de nivel 1 (menor capacidad e infraestructura) ofrecen los valores de copago más bajos, mientras que los de nivel 3 (mayor capacidad e infraestructura) poseen los valores más altos.

³³ Investigación rol N°2574-19 FNE, relativa a "Informe al TDLC por Consulta de Asociación de Farmacias Independientes de Chile A.G. sobre Resolución Exenta 3G N°51" ("Investigación").

libre elección, lo que implicaría que dichos beneficiarios adquieren sus medicamentos en farmacias del canal *retail*. En efecto, del total de beneficiarios Fonasa, aproximadamente 11 millones de usuarios podrían atenderse en la modalidad de libre elección por pertenecer a los tramos B, C o D y, de ellos, según cifras entregadas por Fonasa, sobre el [X%]³⁴ se han atendido efectivamente en modalidad libre elección en un periodo reciente. De dichas atenciones, [X%]³⁵ corresponden a usuarios que sólo se habrían atendido en dicha modalidad en el último tiempo.

36. Sin embargo, ni Fonasa ni las farmacias cuentan con información precisa respecto del volumen de beneficiarios de Fonasa que actualmente compra sus medicamentos en el canal *retail*. Por ello, no fue posible para los interesados y oferentes de la Licitación estimar de manera cierta el volumen de demanda de medicamentos a ofrecer a precios preferentes.

II. DESCRIPCIÓN DE LA INDUSTRIA DE MEDICAMENTOS

II.1. Antecedentes generales de la industria de medicamentos

37. Según nuestra legislación, un medicamento o producto farmacéutico corresponde a cualquier sustancia 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, 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 administración³⁶. Desde un punto de vista económico, los medicamentos constituyen bienes de confianza, debido a la dificultad para

³⁴ Ver N°1 Anexo confidencial, acompañado en el tercer otrosí de esta presentación.

³⁵ Ver N°1 Anexo confidencial, acompañado en el tercer otrosí de esta presentación.

³⁶ Véase el artículo 95 inciso primero del Decreto con Fuerza de Ley N°725 del Ministerio de Salud, que establece el Código Sanitario, conforme a la modificación introducida por la Ley N°20.724, que Modifica el Código Sanitario en Materia de Regulación de Farmacias y Medicamentos, de 14 de febrero de 2014.

que una persona no experta evalúe adecuadamente su valor antes, durante y después del consumo³⁷.

38. Los productos farmacéuticos admiten diversas clasificaciones según su forma de dispensación³⁸, comercialización³⁹ y tipo de droga⁴⁰. Para su distribución o

³⁷ FNE. Recopilación de las investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica: Una mirada de libre competencia a ciertos aspectos de la industria de la salud. Febrero de 2016, p.26.

³⁸ Según la forma de dispensación de medicamentos, es posible distinguir entre (i) medicamentos 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 *over the counter* ("OTC") y/o de venta directa, que no precisan de dicha receta para su dispensación. El inciso primero del artículo 100 del Decreto con Fuerza de Ley N°725 del Ministerio de Salud, que establece el Código Sanitario, señala que "[l]a venta al público de productos farmacéuticos sólo podrá efectuarse previa presentación de la receta del profesional habilitado que los prescribe, salvo aquellos medicamentos que se autoricen para su venta directa en el respectivo registro sanitario". Los medicamentos éticos pueden, a su vez, ser clasificados en: (i) medicamentos de venta bajo receta que no requieren archivar receta; (ii) medicamentos éticos que requieren archivar receta, por ejemplo, fármacos psicotrópicos; y (iii) medicamentos de internación, habitualmente adquiridos directamente por centros asistenciales, pues su uso se limita a hospitales y centros de salud.

³⁹ Según su forma de comercialización o identificación en farmacias, es posible distinguir entre medicamentos (i) innovadores, que son aquellos lanzados al mercado con la protección de una patente de invención; y, (ii) genéricos, que son copias de los medicamentos innovadores y que entran al mercado una vez terminada la protección de la patente del medicamento de referencia.

La categoría de genéricos se puede subdividir en tres grupos, según criterios utilizados habitualmente en la industria: (i) similares de marca, que son copias de un medicamento innovador comercializado con un nombre de fantasía; (ii) similares de marcas propias, que son medicamentos similares de marca pero comercializados por una farmacia que está integrada verticalmente con el laboratorio productor; y (iii) de denominación genérica, que corresponde a los medicamentos comercializados con el nombre de su principio activo. Cabe resaltar que los medicamentos genéricos, y por tanto, cualquiera de estas tres categorías, pueden ser o no Bioequivalentes del medicamento original.

Los medicamentos genéricos son considerados como equivalentes farmacéuticos del medicamento innovador, lo que significa que tienen la misma composición de principios activos. Lo anterior, sin embargo, no asegura que tengan el mismo efecto terapéutico en el cuerpo humano -y sea, por tanto, bioequivalente-. Para asegurar que un medicamento tenga la misma calidad y eficiencia del original, se realizan pruebas de bioequivalencia. Véase: FNE, Minuta de Lanzamiento del Estudio sobre el Mercado de Medicamentos, 24 de abril de 2018, p.2.

Para una definición legal de los equivalentes farmacéuticos y terapéuticos, véase el artículo 5° numerales 26 y 27 del Reglamento del Sistema Nacional de Control de los Productos Farmacéuticos de Uso Humano, aprobado en el año 2010 por Decreto N°3 del Ministerio de Salud.

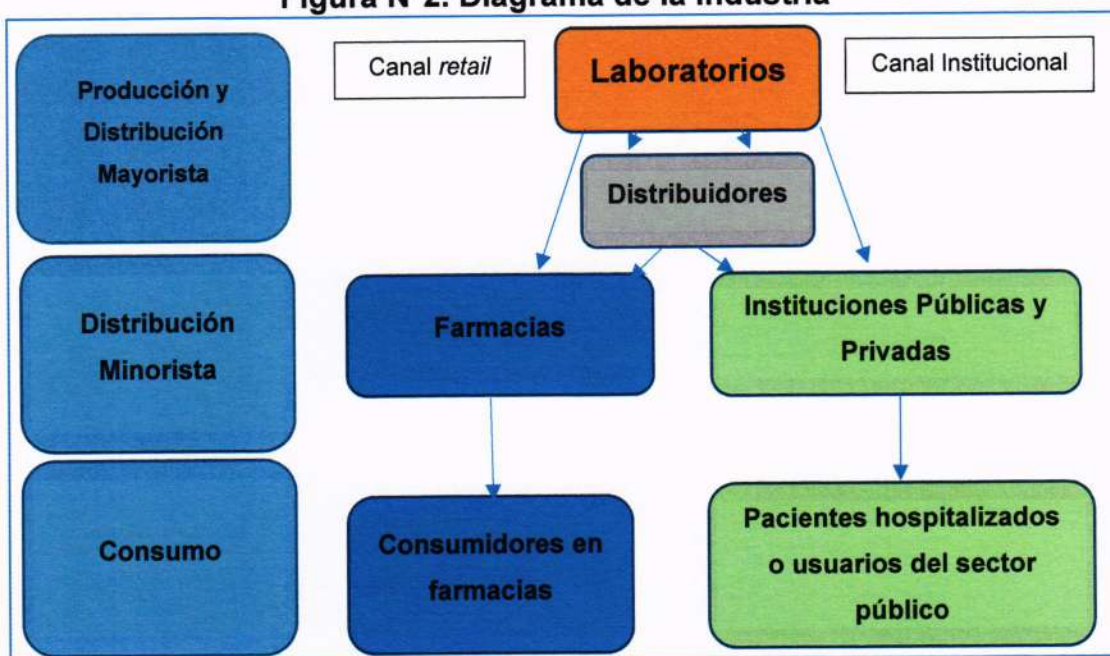
Según información disponible en el sitio web del Instituto de Salud Pública, actualmente en Chile existen 2.152 registros sanitarios vigentes de equivalentes terapéuticos. Véase: <<http://registrosanitario.ispch.gob.cl/>> [Fecha de consulta: 17 de septiembre de 2019].

⁴⁰ Según el tipo de droga contenida en los medicamentos, éstos se pueden clasificar en controlados y no controlados. Los medicamentos controlados corresponden a aquéllos que contienen productos estupefacientes y psicotrópicos, por lo que presentan una regulación especial para su registro, producción, importación, exportación, almacenamiento, tránsito, extracción, distribución y su uso ilícito. Los productos no controlados corresponden a aquellos medicamentos que no presentan este tipo de sustancias en su preparación. Una de las principales diferencias que existen entre este tipo de productos dice relación con las exigencias fijadas por la legislación sanitaria para importar y exportar los productos controlados, los que deben contar con provisiones anuales o cuotas de importación otorgadas previamente por el Instituto de Salud Pública.

utilización en Chile, todo medicamento requiere contar previamente con un registro sanitario ante el Instituto de Salud Pública ("ISP")⁴¹. Dicho procedimiento exige, por regla general, la verificación de la calidad, seguridad y eficacia del medicamento, aunque para ciertos casos el interesado puede solicitar que el procedimiento de registro sea simplificado y luego omitir algunos trámites⁴².

- 39. En la industria de los medicamentos en Chile se pueden identificar cuatro etapas: (i) producción de medicamentos; (ii) distribución mayorista; (iii) comercialización o venta minorista; y (iv) consumo final, participando en cada una de ellas los siguientes actores:

Figura N°2. Diagrama de la industria



Fuente: Elaboración propia.

⁴¹ Este registro consiste en un proceso de evaluación y estudio sistemático de las propiedades del medicamento, destinado a verificar su calidad, seguridad y eficacia, que se traduce en una inscripción en un rol especial con numeración correlativa que mantiene el ISP, que habilita y autoriza su distribución y uso en Chile. El registro sanitario de una especialidad farmacéutica tiene una vigencia de 5 años, contados desde la fecha de la resolución que lo concede, y puede ser renovado por períodos iguales y sucesivos. Véase el artículo 5° numeral 77 y el artículo 55 del Reglamento del Sistema Nacional de Control de los Productos Farmacéuticos de Uso Humano, aprobado en el año 2010 por Decreto N°3 del Ministerio de Salud.

⁴² El artículo 52 del Reglamento del Sistema Nacional de Control de los Productos Farmacéuticos de Uso Humano, aprobado en el año 2010 por Decreto N°3 del Ministerio de Salud, establece los casos en que el procedimiento ordinario de registro sanitario podrá ser simplificado.

40. En la etapa de producción concurren los laboratorios farmacéuticos, nacionales e internacionales, dedicados a la importación, producción, envasado, acondicionamiento o control de calidad de los medicamentos⁴³. La FNE ha constatado en el pasado que en nuestro país concurren más de 50 laboratorios, internacionales y nacionales, dedicados a la importación y fabricación de productos farmacéuticos⁴⁴. A estos laboratorios, deben sumarse aquellas droguerías que se encuentran autorizadas por el ISP para importar y distribuir medicamentos en Chile⁴⁵.
41. En la etapa de distribución mayorista existen distintos tipos de actores. Por una parte, operan los laboratorios o representantes de los mismos, quienes, individual o colectivamente, distribuyen única y exclusivamente sus productos tanto en el canal *retail* como en el institucional. Asimismo, operan aquellas droguerías que hayan sido autorizadas por el ISP para importar, internar, almacenar, transportar y distribuir medicamentos, conforme al artículo 128 del Decreto con Fuerza de Ley N°725 del Ministerio de Salud, que establece el Código Sanitario (“Código Sanitario”). Por otro lado, es posible encontrar distribuidores que operan principalmente en el canal *retail* y que intermedian las relaciones entre los laboratorios y las farmacias. Estos intermediarios pueden ser, a su vez, de dos tipos: (i) los denominados distribuidores cerrados,

⁴³ Para una definición de los laboratorios farmacéuticos, véase el artículo 107 del Reglamento del Sistema Nacional de Control de los Productos Farmacéuticos de Uso Humano, aprobado en el año 2010 por Decreto N°3 del Ministerio de Salud. La producción de medicamentos en Chile sólo puede efectuarse por laboratorios autorizados por el ISP.

⁴⁴ FNE. Escrito de aporte de antecedentes presentado con fecha 5 de febrero de 2016, en causa Rol NC N°432-14, caratulada “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”, p.5. Véase en el mismo sentido: FNE. Informe de Archivo de fecha 3 de junio de 2015, relativo a la Denuncia de H. Diputados en contra de Laboratorio Sanofi-Aventis de Chile S.A. por discriminación arbitraria, Rol 1931-11 FNE, p.5.

⁴⁵ Conforme a lo dispuesto en el artículo 128 del Decreto con Fuerza de Ley N°725 del Ministerio de Salud, que establece el Código Sanitario. Con todo, sólo los laboratorios farmacéuticos de producción pueden internar productos farmacéuticos en cualquiera de sus etapas de producción, mientras que las materias primas destinadas a la fabricación de medicamentos, o a su comercialización a establecimientos productores de los mismos, sólo podrán ser internadas por droguerías y laboratorios farmacéuticos de producción. Véase el artículo 97 del Reglamento del Sistema Nacional de Control de los Productos Farmacéuticos de Uso Humano, aprobado en el año 2010 por Decreto N°3 del Ministerio de Salud.

quienes normalmente son personas relacionadas a las cadenas de farmacias y que realizan su distribución únicamente a esa cadena relacionada; y (ii) los llamados distribuidores abiertos, que, aun estando verticalmente integrados, realizan esa labor de distribución a todo cliente que lo solicite⁴⁶.

42. En la etapa de comercialización o venta minorista, es posible distinguir el canal *retail* y el canal institucional. En el canal *retail* participan farmacias independientes, comunales o populares⁴⁷, franquiciadas y cadenas de farmacias, pues la dispensación de medicamentos en este canal sólo puede ser realizada por farmacias y almacenes farmacéuticos⁴⁸. El canal institucional, por su parte, opera respecto del abastecimiento de medicamentos a instituciones de salud como hospitales, clínicas y centros médicos, tanto públicos como privados, incluyendo a la Central Nacional de Abastecimiento ("Cenabast"), entre otros.

43. Finalmente, en cuanto al consumo final de los medicamentos, es posible encontrar distintos tipos de demandantes en el canal *retail* y en el institucional. En el primero se encuentran los diversos usuarios que adquieren sus medicamentos directamente de las farmacias y otros canales de comercialización minorista, mientras que en el segundo se encuentran los pacientes hospitalizados, ya sea del sector público o privado, que reciben el medicamento directamente en el centro en que se encuentran internados, así como los usuarios del sector público que reciben medicamentos a través de los servicios de atención primaria.

⁴⁶ FNE. Recopilación de las investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica: Una mirada de libre competencia a ciertos aspectos de la industria de la salud. Febrero de 2016, p.33.

⁴⁷ Cabe indicar que las farmacias comunales o denominadas populares son un caso particular en nuestro país, pues dispensan medicamentos en el canal *retail* para un determinado grupo de personas (v.gr. habitantes de una comuna en específico), pero tienen la posibilidad de comprar medicamentos a través de la Central Nacional de Abastecimiento, Convenio Marco, Licitaciones y trato directo. Ministerio de Salud. Recomendaciones para Farmacias Populares. Orientaciones en Abastecimiento, Vinculación con la Atención Primaria en Salud y Uso Racional de Medicamentos, pp.13-16. Disponible en el sitio web: <https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2015/09/Recomendaciones-Farmacias-Populares.pdf> [Fecha de consulta: 24 de septiembre de 2019].

⁴⁸ Véanse los artículos 129 y siguientes del Código Sanitario.

II.2 Descripción de la oferta de medicamentos en el canal *retail*

44. En cuanto a la dispensación de medicamentos en el canal *retail*, tal como se indicó *supra*, sólo puede ser realizada por farmacias o almacenes farmacéuticos⁴⁹. Éste es el mercado en que incidiría la Licitación, por lo que se describirá con mayor detalle a continuación.
45. Las farmacias son centros de salud destinados a la venta de productos farmacéuticos y alimentos de uso médico, a la confección de ciertos productos farmacéuticos (*v.gr.* fórmulas magistrales) y al fraccionamiento de envases clínicos de productos farmacéuticos⁵⁰. Estos centros son dirigidos técnicamente por un profesional químico farmacéutico y se encuentran obligados a tener en forma permanente los productos indicados en el petitorio mínimo del Formulario Nacional de Medicamentos⁵¹. Los almacenes farmacéuticos, por su parte, corresponden a los establecimientos destinados a la venta de medicamentos de venta directa, de venta bajo receta médica señalados expresamente en la ley y de elementos médico-quirúrgicos, de primeros auxilios y curación. A diferencia de las farmacias, la dirección técnica de estos establecimientos está a cargo de un práctico de farmacia⁵².
46. La autorización para la instalación y funcionamiento de las farmacias corresponde a las Seremis de Salud pertinentes. Dicha autorización es válida por un plazo de tres años contado desde su otorgamiento y se entenderá

⁴⁹ El artículo 6° del Decreto Supremo N°466 de 31 de diciembre de 1984, del Ministerio de Salud, que aprueba el Reglamento de Farmacias, Droguerías, Almacenes Farmacéuticos, Botiquines y Depósitos Autorizados, establece que, en aquellas comunas en que no existan farmacias, pueden autorizarse la instalación de almacenes farmacéuticos o farmacias móviles itinerantes. En aquellos sectores en que no existan farmacias ni almacenes farmacéuticos, podrá autorizarse que las farmacias o botiquines de los establecimientos asistenciales de la localidad vendan medicamentos a los clientes.

⁵⁰ Véanse el artículo 129 del Código Sanitario y artículo 8° del Decreto Supremo N°466 de 31 de diciembre de 1984, del Ministerio de Salud, que aprueba el Reglamento de Farmacias, Droguerías, Almacenes Farmacéuticos, Botiquines y Depósitos Autorizados.

⁵¹ Título IX del Decreto Supremo N°466 de 31 de diciembre de 1984, del Ministerio de Salud, que aprueba el Reglamento de Farmacias, Droguerías, Almacenes Farmacéuticos, Botiquines y Depósitos Autorizados.

⁵² En conformidad a lo dispuesto en el Decreto Supremo N°466 de 31 de diciembre de 1984, del Ministerio de Salud, que aprueba el Reglamento de Farmacias, Droguerías, Almacenes Farmacéuticos, Botiquines y Depósitos Autorizados.

renovada automática y sucesivamente prorrogada por períodos iguales, a menos que la autoridad sanitaria resuelva lo contrario fundadamente o que el propietario o su representante comunique su voluntad de no continuar sus actividades, antes del vencimiento del término original o de sus prórrogas.

47. Cabe indicar que si bien la regulación vigente permite a las farmacias importar directamente medicamentos⁵³, según los antecedentes recabados en la Investigación, ello no sería una práctica común, dados los tiempos de demora que conllevaría el registro ante el ISP y el proceso general de importación⁵⁴.
48. En lo que sigue de esta sección se presentará el análisis del canal *retail*, describiendo los productos que comercializan, las clasificaciones que admiten, los modelos de aprovisionamiento y las modalidades de venta que ellas tienen.

II.2.1. Productos comercializados por las farmacias

49. De forma preliminar cabe señalar que, si bien el giro principal de las farmacias corresponde a la venta de medicamentos, ellas también comercializan otros productos denominados “no farma”. Estas ventas representarían entre un 20% y un 40% del volumen total de ventas de las Cadenas⁵⁵, mientras que las demás están relacionadas con el principal giro de estas empresas, correspondiente a la comercialización de medicamentos.

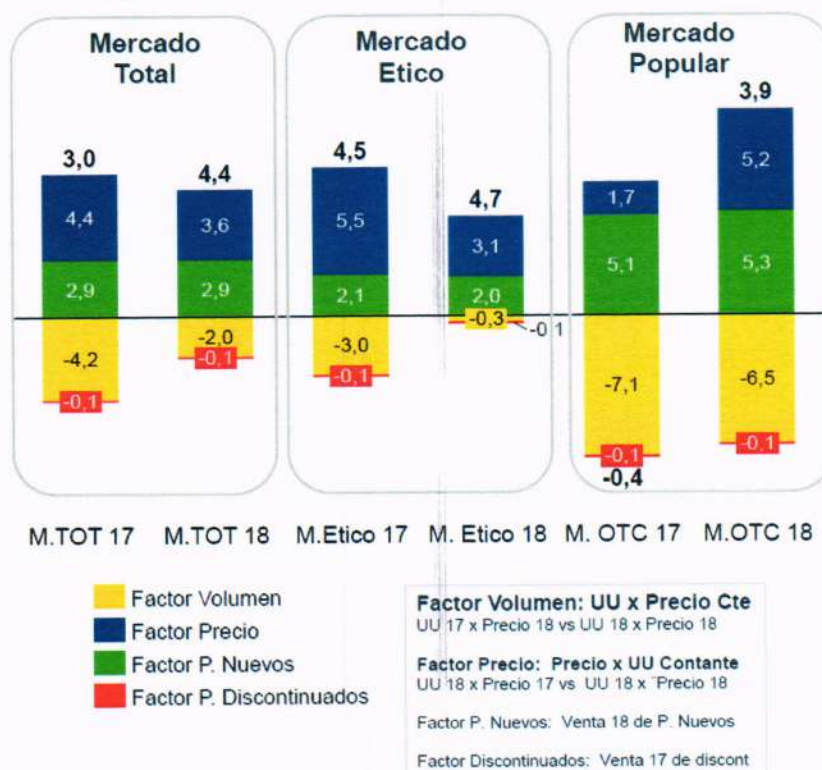
⁵³ Pese a que los artículos 128 y siguientes del Código Sanitario no contemplan la posibilidad de que las farmacias puedan importar medicamentos, el artículo 95 del Reglamento del Sistema Nacional de Control de los Productos Farmacéuticos de Uso Humano, aprobado en el año 2010 por Decreto N°3 del Ministerio de Salud establece expresamente que tanto las farmacias, como cualquier persona natural o jurídica, puede importar especialidades farmacéuticas, cumpliendo los requisitos establecidos en la legislación vigente. La importación de medicamentos puede efectuarse cuando el producto cuente con un registro sanitario vigente. No obstante lo anterior, existen casos excepcionales en que no es necesario tener un registro sanitario vigente para importar, tales como (i) cuando se acredite a través del certificado de registro otorgado por una autoridad sanitaria extranjera que el producto farmacéutico, además de tener idéntica fórmula, nombre genérico o denominación que un medicamento que ya cuenta con registro, proviene del mismo laboratorio productor y país de procedencia que la especialidad farmacéutica previamente registrada, en cuyo caso el ISP deberá autorizar mediante resolución la importación de una cantidad determinada; y (ii) en casos de medicamentos que se importen para uso individual, en casos de uso medicinal urgente derivados de situaciones de desabastecimiento o inaccesibilidad, para lo que se debe contar con certificado de destinación y autorización, receta médica de médico chileno, y resolución fundada del ISP en que autoriza la importación.

⁵⁴ Información aportada en declaraciones de 9 de septiembre y de 24 de septiembre de 2019.

⁵⁵ Declaraciones de 6 de septiembre, 9 de septiembre y de 10 de septiembre de 2019.

50. De acuerdo al reporte preparado por IQVIA (antes IMS Health) para Fonasa con motivo de la Licitación⁵⁶, la comercialización de productos farmacéuticos en farmacias creció, en valores, un 4,4% en el año 2018 debido al aumento de precios y a la entrada de nuevos productos, mientras que tuvo una pérdida de volumen de un 2%. El crecimiento en valores fue influenciado por la comercialización de medicamentos de venta directa (también llamados populares), los cuales presentaron una disminución en el volumen de un 6,5% y un incremento en los precios de un 5,2%. Los medicamentos éticos, en tanto, tuvieron un crecimiento en valores de un 4,7%, explicado en parte por el aumento de los precios de 3,1%. La pérdida de volumen de estos medicamentos fue de 0,3%. Todo lo anterior se muestra en la Figura N°3 a continuación:

Figura N°3. Medicamentos en el canal retail



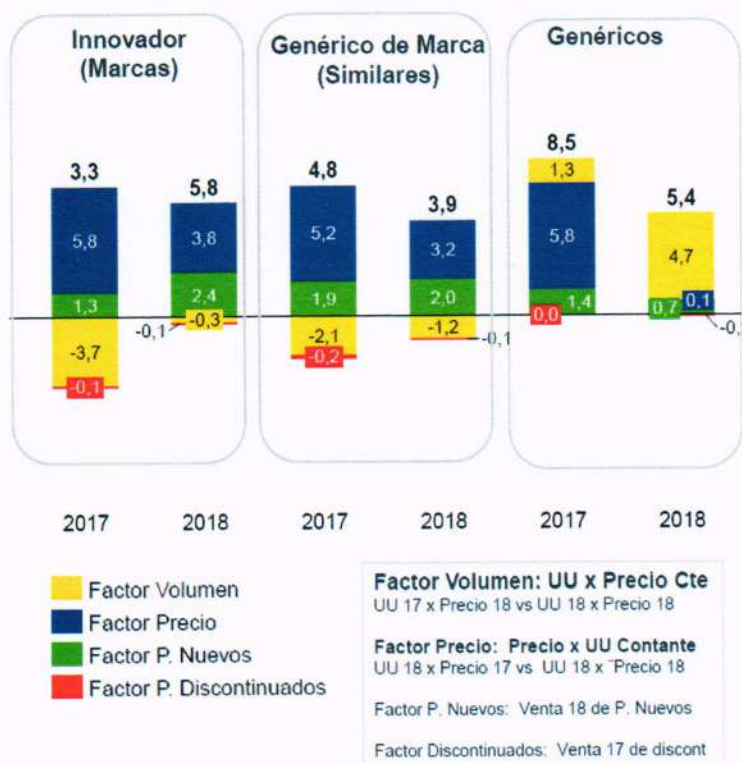
Fuente: IQVIA⁵⁷.

⁵⁶ IQVIA. "1 - 20190408_FONASA_Discusión bases licitación_Presentación de mercado GEN_SIM_INN", 2019, p.10. Documento de fecha 8 de abril de 2019, generado con motivo de la Licitación, aportado por Fonasa en su respuesta al Oficio Ord. N°1789-19 FNE.

⁵⁷ En cuanto a la notación utilizada en la figura corresponde señalar que "M.TOT 17" se refiere al total de ventas del mercado farmacéutico en el año 2017 y "M.TOT 18", para el año 2018. A su vez, "M. Ético 17" se refiere al total de ventas de los medicamentos éticos en el año 2017 y "M. Ético 18",

51. Para efectos del análisis, se ha de tener presente que sólo los medicamentos éticos fueron considerados en la Licitación y que, conforme a la información disponible para este informe, corresponderían a un 65% del total de ventas, en valores, de medicamentos en farmacias⁵⁸. En cuanto al crecimiento de 4,7% en valores de esta categoría, presentado en 2018 e indicado en el párrafo anterior, éste viene dado por productos farmacéuticos innovadores, con un aumento de sus ventas de 5,8%, y por los similares de 3,9%. El reporte de IQVIA indica, además, que el incremento de 4,7% en unidades de los medicamentos genéricos (color amarillo en la última columna de la Figura N°4) no tuvo un impacto en el crecimiento por volumen de los medicamentos éticos (color amarillo de la cuarta columna de la Figura N°3)⁵⁹.

Figura N°4. Medicamentos éticos



Fuente: IQVIA (2019)⁶⁰.

para el año 2018. Por otra parte, "M. OTC 17" corresponde al total de ventas de los medicamentos OTCS o populares en el año 2017 y "M. OTC 18", para el año 2018.

⁵⁸ IQVIA. "1 - 20190408_FONASA_Discusión bases licitación_Presentación de mercado GEN_SIM_INN", 2019, p.6. En adelante: IQVIA (2019).

⁵⁹ IQVIA (2019), p.11.

⁶⁰ En cuanto a la notación utilizada en la figura corresponde señalar que "M.TOT 17" se refiere al total de ventas del mercado farmacéutico en el año 2017 y "M.TOT 18", para el año 2018. A su vez,

52. Si bien la relevancia de los medicamentos éticos varía entre farmacias, de acuerdo a los antecedentes recabados en la Investigación, su comercialización tiene cierta influencia en la compra de otros productos ofrecidos por las farmacias⁶¹, sobre los cuales se realizan las llamadas “ventas por impulso”⁶², que no han podido ser cuantificadas. Estos productos son los denominados “no farma” y aquellos de venta directa.
53. Cabe señalar que, de acuerdo a la información proporcionada por IQVIA⁶³, la Licitación considera el 77% del monto de ventas y el 83% del volumen de ventas del universo de medicamentos éticos para el año 2018. Además, se consideran 16 combinaciones de especialidad farmacéutica y tipo de producto que no figuran en dichos reportes. En consecuencia, los productos en análisis corresponden a aquellos de venta condicionada a la suscripción de una receta por parte de un médico, sin perjuicio de su influencia en la comercialización de los demás productos ofrecidos por las farmacias.

II.2.2. Clasificación de las farmacias

54. A lo largo del país la venta de medicamentos se realiza en un total de 3.604 farmacias⁶⁴, un 43% más que el número de farmacias existentes al año 2012,

“M. Ético 17” se refiere al total de ventas de los medicamentos éticos en el año 2017 y “M. Ético 18”, para el año 2018. Por otra parte, “M. OTC 17” corresponde al total de ventas de los medicamentos OTCS o populares en el año 2017 y “M. OTC 18”, para el año 2018.

⁶¹ De acuerdo a información aportada en declaraciones de 4 de septiembre y 10 de septiembre de 2019.

⁶² Corresponde indicar que no se encontraron estudios sobre este tipo de comportamiento de los consumidores en Chile. Sin perjuicio de las diferencias, se ha de señalar que esta materia sí ha sido revisada para el caso de Inglaterra en: Wieringa, J., Reber, K. and Leeflang, P. (2015), "Improving pharmacy store performance: the merits of over-the-counter drugs", *European Journal of Marketing*, Vol. 49 No. 7/8, pp. 1276-1299. En particular allí se indica: *“Many OTC products are bought at the pharmacy outlet when customers are visiting these outlets to collect their ordered prescribed drugs. A classical UK study has shown that only 57 per cent of all OTC purchases are entirely preplanned; in 23 per cent of the cases, the customer anticipates a need, but the actual purchase decision is made in the store; and the remaining 20 per cent of purchases are induced by influences in the store (McGoldrick, 1982). Although differences exist across OTC categories, the outcomes underline the value of selective merchandising stimuli, including displays and other in-store influences, for pharmacy outlets”*. Disponible en: <<https://doi.org/10.1108/EJM-06-2013-0331>> [Fecha de consulta: 26 de septiembre de 2019].

⁶³ En base aportado por Dr. Simi en su respuesta al Oficio Ord. N°1780-19 FNE.

⁶⁴ Fuente: ISP, junio de 2019.

correspondientes a 2.520 locales⁶⁵. Siguiendo las definiciones de las zonas establecidas en las Bases Administrativas, aproximadamente un 52% de estas farmacias se concentran en la zona central, un 15% tanto en la zona centro norte como en la zona centro sur, ambas seguidas por la zona sur, con un 10%, y finalmente, la zona norte, con un 8%.

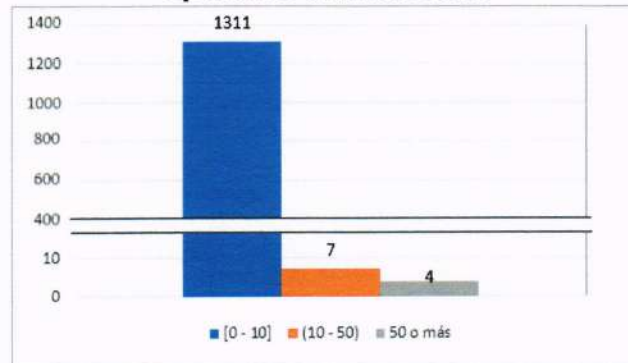
55. Además de las Cadenas⁶⁶, existe un cuarto actor relevante en el mercado que corresponde a la cadena Farmacias de Similares de Chile S.A. ("Dr. Simi"). Si bien comparte ciertas características con las Cadenas, al contar con un número relevante de locales propios y franquicias, desarrolla un modelo de negocio distinto en cuanto al tipo de medicamentos que ofrece⁶⁷ y la ubicación geográfica de algunos locales. Estas cuatro empresas, incluyendo sus locales propios, franquicias y farmacias con convenios de marca común, concentran un poco menos de la mitad del total de farmacias (49,2%) a lo largo del país. Las demás corresponden a farmacias independientes y comunales o populares.
56. Analizada la distribución de empresas según número de farmacias que operan o administran, en el gráfico a continuación se aprecia, en color plomo, las cuatro cadenas a nivel nacional, con más de 50 farmacias cada una. En naranja se observa un pequeño grupo de siete empresas que se encuentran a cargo de entre 11 y 49 farmacias, y, en color azul, se observa un gran número de empresas dueñas de farmacias independientes que, junto con 142 municipalidades, conforman un grupo de 1.311 entidades que operan menos de 10 farmacias cada una.

⁶⁵ IQVIA (2019), p.15.

⁶⁶ Corresponden a los principales competidores en Chile. Véase: FNE, Minuta de Lanzamiento del Estudio sobre el Mercado de Medicamentos, 24 de abril de 2018, p.6.

⁶⁷ Dr. Simi se dedicaría exclusivamente a la venta de medicamentos genéricos (con marca, de marcas propias y similares). Véase: FNE. Recopilación de las investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica: Una mirada de libre competencia a ciertos aspectos de la industria de la salud. Febrero de 2016, p.44.

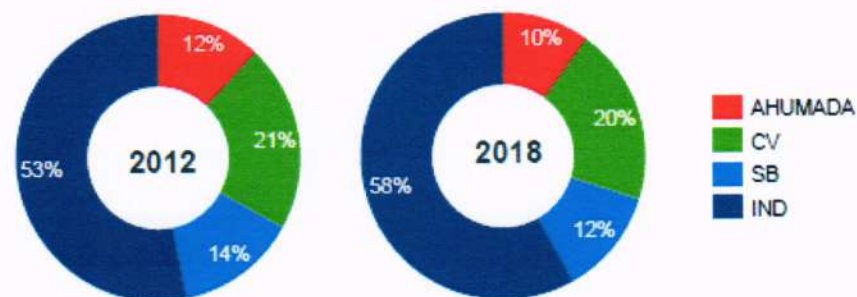
Gráfico N°1. Distribución de empresas según número de farmacias que operan o administran



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del ISP⁶⁸.

57. A partir del gráfico anterior, es posible concluir que existe una alta atomización de las farmacias independientes y populares. Mientras que un poco más de la mitad de las farmacias se divide entre 1.318 entidades, la diferencia se divide en sólo cuatro cadenas de farmacias. En específico, Cruz Verde, cuenta con 20% de las farmacias establecidas en el país; Salcobrand con 12%; Ahumada con 10%; y Dr. Simi con 8%. En el caso de las Cadenas esta situación no dista sustancialmente respecto de lo observado, por ejemplo, en el año 2012. A esa fecha, Cruz Verde contaba con 21% de las farmacias; Salcobrand con 14% y Ahumada con 12%, en tanto que las farmacias independientes junto con Dr. Simi han pasado de tener un 53% del total de farmacias en 2012 a un 58% en 2018⁶⁹.

Figura N°5. Participación de mercado sobre número de farmacias



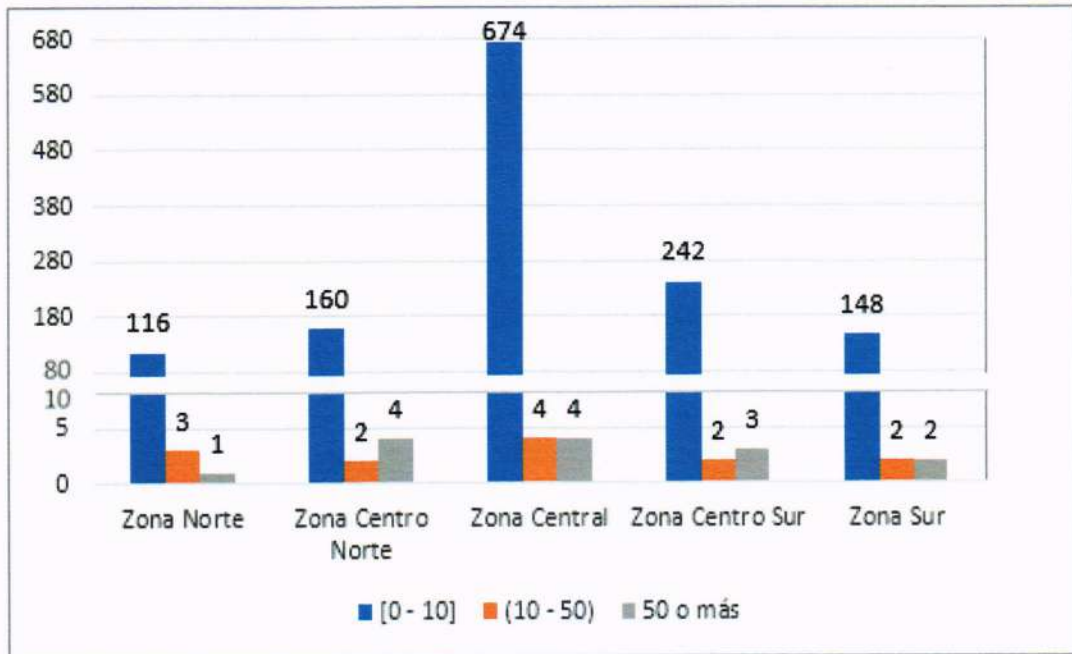
Fuente: IQVIA (2019).

⁶⁸ Las 11 mayores farmacias según el número de locales que operan o administran a nivel nacional son Cruz Verde, 711; Salcobrand, 428; Ahumada, 345; Dr. Simi, 289; Knopp, 33; Manríquez, 28; Belén 27; Ecofarmacias, 27; Redfarma, 16; Galénica, 15; y Farmaprecio, 11.

⁶⁹ IQVIA (2019), p. 15.

58. Realizado el análisis en cada una de las zonas de la Licitación, se constata el hecho de que las Cadenas, junto con Dr. Simi, cuentan con al menos 10 establecimientos en cada zona, umbral establecido en la Licitación para diferentes efectos⁷⁰.

Gráfico N°2. Distribución de empresas según número de farmacias que operan o administran y zonas definidas en la Licitación



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del ISP⁷¹.

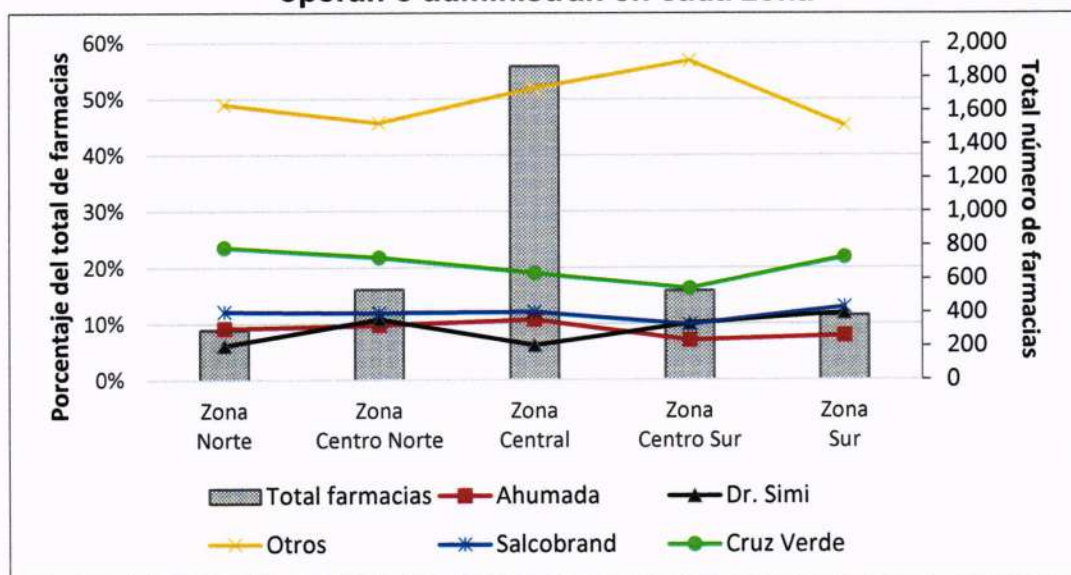
59. El número de locales operados por las cadenas varía dentro de las zonas definidas en las Bases Administrativas, manteniéndose el hecho de que, en todas ellas, las farmacias independientes y populares -agrupadas en la categoría "Otros"- corresponden a un porcentaje superior al 45%. También se

⁷⁰ Como se verá más adelante, esto implica que las cadenas de farmacias no se pueden adherir a una oferta adjudicada en ninguna zona, conforme a lo dispuesto en el numeral 8.1 de las Bases Administrativas. Al mismo tiempo, las cadenas tampoco podrían ser seleccionadas por Fonasa para celebrar convenios en aquellas comunas en las cuales el adjudicatario no cuente con un establecimiento autorizado, conforme a lo dispuesto en el numeral 8.2 de las Bases Administrativas.

⁷¹ En la zona norte la única farmacia que cuenta con más de 50 locales es Cruz Verde, alcanzando un total de 70; esta empresa es seguida por Salcobrand (36), Ahumada (27) y Dr. Simi (18). En la zona centro norte Cruz Verde tiene 177 locales, mientras que Salcobrand, 64; Dr. Simi, 58; Ahumada, 52; Ecofarmacias, 27; y Knopp, 14. En la zona central, Cruz Verde también es la farmacia con más locales llegando a un total de 354; es seguida por Salcobrand (226), Ahumada (199), Dr. Simi (114), Manríquez (28), Belén (27), Galénica (12) y Farmaprecios (11). A su vez, en la zona centro sur, Cruz Verde es la farmacia con mayor número de locales, con un total de 86, seguida por Dr. Simi (53), Salcobrand (52), Ahumada (37) y Redfarma (14). Por último, en la zona sur, Cruz Verde tiene 84 locales; Salcobrand, 50; Dr. Simi, 46; y Ahumada, 30.

mantiene la preponderancia de Cruz Verde, con un porcentaje de farmacias que realiza ventas bajo su marca entre un 15% y un 25%. En el gráfico siguiente se presenta lo recientemente descrito, junto con los porcentajes asociados a las otras empresas. Adicionalmente, los valores referidos se muestran igualmente en el mapa geográfico que sigue al gráfico referido, identificando en él las zonas definidas en la Licitación.

Gráfico N°3. Distribución de empresas según número de farmacias que operan o administran en cada zona



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del ISP.

Figura N°6. Distribución de beneficiarios Fonasa y farmacias, por región



Fuente: IQVIA (2019)

60. Adicionalmente, como ha sido revisado en diversos estudios, las cadenas de farmacias tienden a ubicarse en lugares de alta concentración de población y en comunas de mayores ingresos⁷². En la tabla que se muestra a continuación, se indica el número de comunas que sólo cuentan con farmacias de alguna Cadena o de Dr. Simi, el número de ellas en las que solamente se ubican farmacias independientes o comunales, el número de comunas en las que se encuentran presentes ambos tipos de farmacia, y el número de comunas de toda la zona.

Tabla N°3. Número de comunas por zona que cuentan con cadenas, farmacias independientes, con alguna farmacia y total de comunas, por zona

| Comunas | | Zonas | | | | | Total país |
|-------------------------|----------------------------|-----------|--------------|-----------|------------|-----------|------------|
| | | Norte | Centro Norte | Central | Centro Sur | Sur | |
| Con farmacias | Sólo de Cadenas o Dr. Simi | 4 | 1 | 1 | 0 | 3 | 9 |
| | Sólo de Otros | 9 | 10 | 22 | 31 | 28 | 100 |
| | De ambos tipos | 9 | 32 | 54 | 34 | 34 | 163 |
| | Total con farmacias | 22 | 43 | 77 | 65 | 65 | 272 |
| Total de comunas | | 29 | 53 | 85 | 84 | 95 | 346 |

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del ISP.

61. Las farmacias independientes dan cobertura en un número relevante de comunas donde no hay presencia de cadenas. Por ejemplo, en la zona central las farmacias independientes comunales se encuentran en 22 comunas donde no hay cadenas farmacéuticas. En cuanto a la relevancia de estas comunas se puede señalar que ellas corresponden al 5% de los habitantes de dicha zona, según datos del Censo 2017. En la tabla que sigue se muestra este análisis para cada una de las zonas.

⁷² Mayor detalle en estudio de Hermann Consultores, "Las Farmacia y Pobreza". Disponible en: <<http://www.hermannconsultores.cl/wp-content/uploads/2018/07/Farmacias-y-pobreza.pdf>> [Fecha de consulta: 16 de septiembre de 2019].

También en Villalobos (2015). "El mercado de las farmacias en Chile: ¿competencia por localización?". Revista Economía y Política. Vol. 2. Núm. 1. Disponible en: <<http://www.economiaypolitica.cl/index.php/eyp/article/view/20>> [Fecha de consulta: 17 de septiembre de 2019].

Tabla N°4. Porcentaje del total de habitantes por zona que cuentan con cadenas, farmacias independientes, con alguna farmacia y total de habitantes, por zona

| Habitantes | | Zonas | | | | | Total país |
|---------------------------------------|----------------------------|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|---------------|
| | | Norte | Centro Norte | Central | Centro Sur | Sur | |
| Con farmacias | Sólo de Cadenas o Dr. Simi | 1% | 0% | 0% | 0% | 1% | 0% |
| | Sólo de Otros | 8% | 6% | 5% | 16% | 14% | 9% |
| | De ambos tipos | 88% | 90% | 93% | 80% | 79% | 88% |
| | Total con farmacias | 98% | 96% | 99% | 95% | 94% | 97% |
| Total de habitantes (en miles) | | 1.450 | 2.573 | 8.027 | 3.082 | 2.440 | 17.574 |

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del ISP y Censo 2017.

62. Sin embargo, a pesar del número, cobertura geográfica y poblacional de las farmacias independientes y comunales, al medir la concentración del mercado en términos de ventas, en valores de medicamentos, el 88% se concentra en las cadenas de Ahumada, Salcobrand y Cruz Verde, mientras que el 12% restante corresponde a ventas de Dr. Simi, farmacias independientes y populares⁷³.
63. En síntesis, en este mercado se distinguen tres tipos de farmacias: las cadenas, las independientes y las populares. Las Cadenas concentran la mayor parte de las ventas, se ubican principalmente en zonas altamente pobladas y tienen mayor presencia en comunas con mayores ingresos. Las farmacias independientes están muy atomizadas y, pese a significar en número más de la mitad de las farmacias, ellas, junto con la cadena Dr. Simi y las farmacias populares, alcanzan aproximadamente un 12% de las ventas.

II.2.3. Modelos de aprovisionamiento de las farmacias

64. Los laboratorios farmacéuticos tienen la obligación de publicar, en forma actualizada, íntegra, expedita y clara, toda la información respecto de sus productos y las condiciones de comercialización, precios y descuentos por volumen que ofrecen a los clientes del canal *retail*⁷⁴. En razón de lo anterior,

⁷³ IQVIA (2019), p.6. Porcentajes similares de un 90% y 10%, respectivamente, se encuentran en Minsal (2015), como también en Resolución de inicio de Estudio de Mercado sobre medicamentos de este Servicio, de fecha 25 de abril de 2018. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/04/Res_EM03-2018.pdf> [Fecha de consulta: 17 de septiembre de 2019].

⁷⁴ Véase, Resolución N°12 del H. Tribunal, de 13 de junio de 2006.

los laboratorios publican listas de precios a las que se aplican políticas de descuentos, entre ellas, descuentos por volumen. Puesto que la mayoría de las farmacias independientes no alcanzan por sí mismas volúmenes suficientes para acceder a descuentos por este ítem, en general ellas no realizan compras directas a laboratorios, sino que se abastecen a través de droguerías⁷⁵.

65. En consecuencia, lo que se observa actualmente es que Ahumada y Salcobrand tienen un sistema de distribución cerrado y negocian directamente con laboratorios y algunas droguerías. Cruz Verde realiza las compras de fármacos principalmente a través de su droguería relacionada, Socofar, comprando el resto a otras droguerías. Las farmacias independientes compran principalmente a droguerías, siendo Socofar la más relevante⁷⁶. Y las farmacias populares compran a través de Cenabast.

66. Por tanto, los precios a los que pueden optar las farmacias dependen de las políticas de ventas de laboratorios y droguerías, y de si ellas priorizarán o no la compra de medicamentos originales o innovadores. Cualquiera sea el caso, las farmacias independientes manifestaron en la Investigación que tendrían costos de aprovisionamiento más altos que las cadenas⁷⁷.

II.2.4. Existencia de descuentos y convenios

67. En cuanto a la oferta de medicamentos, las cadenas de farmacias han implementado descuentos a los consumidores finales ya sea por fidelización como por la implementación de convenios con Isapres, Cajas de Compensación, instituciones financieras y otros. De estos convenios, son

⁷⁵ De acuerdo a información aportada en declaraciones de 4 de septiembre, 6 de septiembre, 9 de septiembre y 24 de septiembre de 2019.

Cabe indicar que la Resolución N°15/2006 del H. Tribunal, indicó que las farmacias independientes se abastecían de medicamentos en un 70% a partir de Socofar. Véase: H. Tribunal. Resolución N°15/2006, p.3.

⁷⁶ De acuerdo a información aportada en declaraciones de 4 de septiembre, 6 de septiembre, 9 de septiembre y de 24 de septiembre de 2019.

⁷⁷ De acuerdo a información aportada en declaraciones de 4 de septiembre, 6 de septiembre, 9 de septiembre y 24 de septiembre de 2019.

relevantes aquellos que se refieren a la exclusividad en el uso de los excedentes de afiliados de Isapres, sin perjuicio de la implementación de la reciente modificación al DFL N°1 de Salud⁷⁸, con vigencia desde el 21 de septiembre de 2019, que otorga libertad al afiliado para utilizar sus excedentes en cualquier prestador de su elección.

68. De acuerdo a lo señalado por Salcobrand, los convenios con Isapres son relevantes por cuanto actúan como concentradores de demanda⁷⁹. En el mismo sentido, en base a información aportada por Ahumada en la Investigación, es posible constatar que los convenios con Isapres serían relevantes para el desarrollo de su negocio⁸⁰. Cruz Verde, en tanto, señaló potenciar los descuentos a sus clientes inscritos en el club de la empresa⁸¹. Estas tres cadenas de farmacias implementan, adicionalmente, descuentos por categorías de remedios en ciertos días de la semana.
69. Dr. Simi, por otra parte, realiza todos los lunes un descuento general de un 25% en compras de hasta 50.000 pesos⁸². Descuentos que, según señaló, generan efectivamente un incremento de las compras en ese día de la semana⁸³.
70. Respecto de la Licitación materia de esta Consulta, ninguna de las farmacias consultadas en la Investigación afirmó conocer con certeza el porcentaje de clientes que pertenecía a Fonasa, ni los efectos esperados de ella en términos de movilización de demanda⁸⁴. Al respecto, las Cadenas sí señalaron que los afiliados a Isapres con convenio en alguna de las farmacias seguirían a la

⁷⁸ Contendida en la Ley N°21.173.

⁷⁹ Información aportada en declaración de 9 de septiembre de 2019.

⁸⁰ Información aportada por Ahumada en su respuesta al Oficio Ord. N°1779-19 FNE.

⁸¹ Información aportada en declaración de 10 de septiembre de 2019 y en la información aportada en respuesta al Oficio Ord. N°1786-19 FNE.

⁸² Promoción que puede ser revisada en el portal web de la empresa. Publicidad disponible en: <https://www.farmaciasdoctorsimi.cl/assets/images/promociones/banner-super-lunes.jpg> [Fecha de consulta: 27 de septiembre de 2019].

⁸³ En toma de declaración de fecha 16 de septiembre de 2019.

⁸⁴ Información aportada en declaraciones de fecha 4 de septiembre, 6 de septiembre y 10 de septiembre de 2019.

farmacia con la que su Isapre llegó a acuerdo, al menos para la compra de medicamentos cubiertos por el beneficio de las Garantías Explícitas en Salud GES y para el uso de sus excedentes en dichas farmacias⁸⁵.

III. ANÁLISIS DE LA LICITACIÓN

III.1. Materia objeto de la Consulta: Evaluación de las restricciones a la participación de farmacias independientes en la Licitación

71. Tal como ya fue referido en esta presentación, el objetivo principal de la Licitación consistió en disminuir el gasto de bolsillo en 2.143 medicamentos éticos para los más de 14 millones de beneficiarios de Fonasa, con la mayor cobertura geográfica posible, asegurando un stock permanente y diversificado de medicamentos. En ese sentido, los criterios de evaluación asignaban un mejor puntaje a las ofertas con menores precios, diferenciando el puntaje según el tipo de medicamento específico ofertado⁸⁶ y, al mismo tiempo, a quien tuviera cobertura en un mayor número de comunas con mayor concentración de beneficiarios de Fonasa.
72. Adicionalmente, como ha señalado este H. Tribunal, “[...] *las actuaciones estatales materializadas durante la etapa de diseño de las bases de licitación sí son, de modo más general, materia de escrutinio por parte de este Tribunal, por cuanto existe en este caso una posibilidad objetiva y efectiva de que la libre competencia pueda verse impedida, restringida o entorpecida, o que con dicho actuar se tienda a ello [...] las justificaciones de una eventual intervención de este Tribunal no son en este caso las tradicionales del derecho de la competencia relativas a potenciales infracciones por conductas coordinadas o unilaterales, sino*

⁸⁵ De acuerdo a información aportada en declaraciones de fechas 9 y 10 de septiembre de 2019 e información aportada por Ahumada en su respuesta al Oficio Ord. N°1779-19 FNE.

⁸⁶ La ponderación para cada medicamento se determinó conforme a lo dispuesto en el numeral 12.2 letra a) de las Bases Administrativas, correspondiendo una mayor ponderación de acuerdo a (i) las ventas agregadas del producto en el mercado; (ii) si se trata de productos clasificados como similares o innovadores; y (iii) si se trata de productos comprendidos en el vademécum 1 y 6.

las aplicables a actos de autoridad que pudieren infringir las normas del D.L. N° 211⁸⁷.

73. En ese sentido, la misma Sentencia indica que “[...] es necesario ponderar los intereses de la política pública sectorial, materializada en un determinado diseño de bases de licitación, y la adecuada protección de la libre competencia [...]”⁸⁸, y que el parámetro para evaluar esa ponderación es el mantenimiento de un mínimo de rivalidad⁸⁹ en el proceso competitivo, sea *ex ante* -en la misma licitación- o *ex post*, cuando no se está asignando bienes o servicios de forma exclusiva. En esa evaluación, este H. Tribunal consideró: “**Decimoséptimo:** Que la mantención de estas mínimas condiciones de rivalidad en el caso del diseño de bases de licitación en general se debe traducir en impedir que el actuar de la autoridad: (i) manifiestamente facilite la colusión de otros agentes económicos; (ii) establezca injustificadamente condiciones para que se produzca un potencial abuso de dominancia luego de la licitación; o, (iii) limite injustificadamente la competencia mediante las condiciones contenidas en dichas bases;”⁹⁰.
74. Así, resulta natural al propio mecanismo de asignación (en este caso, la Licitación), el establecimiento de ciertas exigencias para participar y adjudicarse el Convenio con Fonasa, necesarias para cumplir con los fines de política pública definidos por dicho Servicio. Si bien esas exigencias pudieron dificultar la participación de algunos potenciales competidores o redujeron sus posibilidades de adjudicación⁹¹, ellas deben evaluarse considerando si las restricciones eran o no justificadas para el cumplimiento de los objetivos definidos por el ente licitante⁹², y si afectaron o no las condiciones de competencia bajo los parámetros mínimos señalados en el numeral anterior.

⁸⁷ Sentencia 138/2014, considerando 13°.

⁸⁸ Sentencia 138/2014, considerando 14°.

⁸⁹ Sentencia 138/2014, considerando 16°: “Este Tribunal entiende que lo exigido es simplemente la mantención de mínimas condiciones de rivalidad, en el entendido que ésta última corresponde a lo que la doctrina entiende como el más básico sentido de la competencia para alcanzar ciertos fines socialmente deseables (véase por ejemplo, Giorgio Monti, *EC Competition Law*, Cambridge University Press, 2007, p.22; y Richard Whish, *Competition Law*, OUP, 6a ed., p.3);”

⁹⁰ Sentencia 138/2014, considerando 17°.

⁹¹ Sentencia 138/2014, considerandos 18° y 19°.

⁹² Sentencia 138/2014, considerando 20°.

75. En ese contexto, para evaluar la materia objeto de la presente Consulta -esto es, la posibilidad efectiva de las farmacias independientes de participar en la Licitación- es necesario atender al objetivo de política pública impulsado por Fonasa. Ello pues ciertas exigencias de la Licitación que dificultaron la participación de farmacias independientes (v.gr. cobertura geográfica), buscaban precisamente permitir que un mayor número de beneficiarios pudieran acceder al beneficio en el precio de los medicamentos.
76. Teniendo en consideración lo anterior, a continuación, se realiza un análisis respecto a si efectivamente las farmacias independientes podían o no participar en la Licitación, considerando los distintos mecanismos a través de los cuales dichas farmacias podían presentar ofertas. Tal como se indicó *supra* en la Sección I.2.3., las farmacias independientes tenían la posibilidad de presentar ofertas de manera individual, o juntamente con otras farmacias a través de una UTP. Adicionalmente, la Licitación estableció la posibilidad de que las farmacias independientes no adjudicadas se adhieran voluntariamente a un contrato adjudicado o que, durante la vigencia de éstos, Fonasa celebre convenios con otras farmacias distintas a la adjudicada, en aquellas comunas en las cuales el adjudicatario no cuente con establecimientos autorizados.
77. Cabe indicar que, durante el proceso de aclaraciones de la Licitación, Fonasa indicó expresamente que una farmacia independiente tenía tres maneras de presentar su propuesta, consistentes en: (i) la posibilidad de participar como UTP; (ii) adhiriéndose al contrato; y (iii) celebrando convenios con Fonasa, a solicitud de ésta, en aquellas comunas en que el adjudicado no haya presentado cobertura en su propuesta.

III.1.1. Posibilidad de las farmacias independientes de presentar ofertas autónomas en la Licitación

78. Para evaluar la posibilidad de las farmacias independientes de presentar ofertas de manera autónoma, se debe determinar si era posible para éstas cumplir los requisitos de cobertura geográfica y de stock de medicamentos exigido en la Licitación. Por otro lado, se debe evaluar si, tras la adjudicación,

era posible para las farmacias independientes cumplir con las obligaciones que impone la Licitación.

79. En cuanto a la cobertura geográfica exigida, tal como se indicó *supra* en la Sección I.2.2, la Licitación estableció una mayor valoración para aquellas farmacias que asegurasen su presencia en la mayor cantidad de comunas dentro de una zona, debiendo ofertar al menos un establecimiento por cada región que forma parte de la zona licitada. Por ello, para evaluar la cobertura geográfica, el oferente debía presentar un listado de todos sus locales, indicando la comuna de ubicación de cada uno. Así, el mayor puntaje a asignar se otorgaría a las farmacias que tuvieran cobertura en todas las comunas de una zona respectiva, lo que representa una ponderación de la evaluación de un 18% del total de la oferta presentada. Señala la Consulta que esta condición se traduciría en una verdadera barrera de entrada que imposibilitaría a farmacias independientes poder participar como oferente⁹³.
80. Según la información recabada en la Investigación, existen 10 farmacias independientes que podían cumplir con el requisito mínimo de cobertura geográfica de la Licitación, esto es, contar con al menos un establecimiento en las regiones que integran cada zona de la Licitación. De dichas farmacias, nueve cumplen dicho requisito para la zona central de la Licitación, mientras que sólo una lo cumple para la zona centro norte.
81. Ahora bien, si la única farmacia independiente con presencia en las 2 regiones de la zona centro norte hubiera realizado una oferta de manera autónoma, el porcentaje que habría alcanzado en la evaluación por cobertura geográfica sería de 20,26%, es decir, habría logrado 20,26 puntos sobre un total de 100. En cuanto a las nueve farmacias independientes que podían presentar ofertas autónomas en la Licitación para la zona central, cuatro de ellas habrían obtenido una evaluación inferior a 5, tres de ellas un valor entre 5 y 15, sólo una en torno a 22 y la más numerosa, con locales en 15 comunas, habría

⁹³ Consulta, p.4.

183

obtenido una evaluación de 41,52. Así, para este criterio de evaluación, las farmacias independientes habrían obtenido puntajes muy inferiores a los 78,61 puntos de la oferta adjudicada. En consecuencia, las farmacias independientes por sí mismas no podrían haber presentado una oferta efectivamente competitiva respecto de la cobertura geográfica.

82. Corresponde indicar que, a diferencia de la situación de las farmacias independientes, Dr. Simi contaría con presencia en 134 comunas del país, y en 41 comunas de la zona central. Esta condición le otorgaba la posibilidad de alcanzar un mayor ponderador en la evaluación de la cobertura geográfica y competir de manera más efectiva con las Cadenas en la Licitación. Por ejemplo, si Dr. Simi hubiera realizado una oferta en la zona central, habría obtenido un puntaje de 80,50 en la evaluación por cobertura geográfica (superior a la que obtuvo Ahumada), y habría alcanzado más de 75 puntos en la evaluación para cualquiera de las otras zonas de la Licitación.
83. Como se indicó *supra*, si bien esta Fiscalía estima que la ponderación de cobertura geográfica a nivel comunal podría haber impedido a las farmacias independientes de menor tamaño adjudicarse la Licitación, ello se explicaría por la necesidad de otorgar una adecuada cobertura geográfica para los beneficiarios de Fonasa ubicados en las distintas comunas del país. Precisamente por esta dificultad, la Licitación estableció mecanismos adicionales para las farmacias independientes pequeñas, ya sea que éstas participasen como UTP o pudieran adherirse a los contratos adjudicados, lo que se analiza *infra*.
84. En cuanto a la posibilidad de las farmacias independientes de contar con el stock de medicamentos de los vademécums solicitados en la Licitación, esta Fiscalía ha podido constatar que, en general, sería difícil para las farmacias independientes cumplir con esta condición. Ello respondería a diversas razones: (i) por un lado, algunas farmacias independientes y Dr. Simi cuentan con un menor número de alternativas de productos farmacéuticos que las Cadenas, por lo que cumplir con la variedad de medicamentos exigida en la

Licitación significaría incurrir en costos adicionales⁹⁴; (ii) relacionado con lo anterior, la exigencia de la Licitación de ofertar medicamentos innovadores o similares, definidos en el numeral 3° de las Bases Técnicas, no sería factible para ciertas farmacias independientes cuyo foco de negocio es precisamente la comercialización de medicamentos genéricos sin marca o bioequivalentes⁹⁵; (iii) las farmacias independientes no tendrían la capacidad de negociar condiciones de aprovisionamiento estables para todo el periodo exigido por la Licitación, quedando expuestas a incrementos de precios o quiebres de suministro de sus proveedores; y finalmente, (iv) debido a la interpretación que tanto farmacias independientes como algunas Cadenas hicieron de la regla contenida en el numeral 9°, letra c) de las Bases Administrativas, relacionada con la inadmisibilidad de aquellas ofertas que no hayan indicado el precio ofertado de un porcentaje mayor al 10% de la cantidad de especialidades farmacéuticas incluidas en su oferta económica, que habría desincentivado su participación en la Licitación. Este último punto se analiza *infra* en la sección III.2.1.

85. Finalmente, en cuanto a las obligaciones que establece la Licitación, la Consultante indica que las farmacias independientes no contarían con los medios económicos para ofrecer los Servicios Complementarios, los que se erigirían como una posible barrera de entrada para dichas farmacias. Tal como se indicó *supra*, estos servicios incluyen (i) la implementación de un sistema de registro de las ventas realizadas a los beneficiarios de Fonasa y de registro y validación de las recetas médicas de dichos usuarios, denominada “Cuenta de Consumo Individual”, la que deberá ser actualizada diariamente y podrá ser consultada a través del sitio web de la farmacia por cada beneficiario, para conocer el uso del beneficio, y por Fonasa, para acceder a la totalidad de la información de los beneficiarios de Fonasa, y (ii) la elaboración de informes estadísticos para Fonasa, en virtud de lo cual se deberá proporcionar información de la totalidad de las transacciones de los beneficiarios de Fonasa,

⁹⁴ De acuerdo a información aportada en declaraciones de 4 de septiembre, 16 de septiembre y de 24 de septiembre de 2019.

⁹⁵ De acuerdo a información aportada en declaraciones de 16 de septiembre y 24 de septiembre de 2019.

sean o no parte de la Licitación, e información estadística respecto de ciertos ítems como especialidad del médico, diagnóstico, medicamento prescrito, características del paciente tales como edad, sexo, entre otros.

86. Según fue posible constatar en la Investigación, una de las dificultades en la implementación de los servicios complementarios se relacionaría con la habilitación de la “Cuenta de Consumo Individual”, la que debe ser actualizada diariamente permitiendo las consultas en línea por parte de Fonasa y sus beneficiarios. En efecto, diversas farmacias independientes carecen actualmente incluso de sitios web que permitan habilitar dicha cuenta. De hecho, según se nos indicó en la Investigación, Dr. Simi habría cotizado dicho servicio con un tercero, lo que significaba un aumento en sus costos de operación que dificultaba más la implementación de descuentos atractivos para los beneficiarios Fonasa⁹⁶.
87. Conforme a lo anterior, las farmacias independientes enfrentaban desventajas competitivas para presentar ofertas de manera autónoma en la Licitación. Fuera del caso de Dr. Simi, ninguna farmacia independiente cuenta con un número de locales que le permita satisfacer adecuadamente las exigencias de cobertura de la Licitación. Adicionalmente, esta Fiscalía pudo constatar en la Investigación que existían dificultades para las farmacias independientes de cumplir con el stock de medicamentos solicitados y con las exigencias de Servicios Complementarios.
88. Con todo, y como ya se indicó precedentemente, esta Fiscalía estima que las limitaciones a la participación de las farmacias independientes como oferentes individuales en la Licitación, respecto a la cobertura geográfica y stock exigidos, se explicarían y resultarían justificadas por la necesidad de otorgar un acceso adecuado y disponibilidad de medicamentos para los beneficiarios de Fonasa ubicados en las distintas comunas del país.

⁹⁶ Información aportada en toma de declaración de fecha 16 de septiembre de 2019. Véase Anexo Confidencial N°3.

89. En cuanto a las dificultades de ofrecer los Servicios Complementarios, resulta relevante determinar cuáles de dichos servicios resultan esenciales para cumplir la finalidad pública buscada por Fonasa.
90. De acuerdo al aporte de antecedentes de Fonasa en la presente causa, de fecha 27 de septiembre de 2019, estos servicios serían *“esenciales para la ejecución de un convenio de este tipo, ya que permiten la validación de la identidad del beneficiario, evitando el mal uso del beneficio y la degradación del valor de convenio”*⁹⁷. Cabe señalar que el reporte de ventas no se establecía sólo para los productos farmacéuticos comprendidos en la Licitación, sino que para toda compra realizada por los beneficiarios. En efecto, Fonasa señala en el mismo escrito que *“[a]dicional a lo anterior, los sistemas integrados entregan información relevante para que el Fonasa pueda llevar a cabo su rol como asegurador público, buscando no sólo cumplir los objetivos de la presente política pública sino, además, servir de insumo para el correcto diseño de otras políticas públicas que al servicio le corresponde diseñar e implementar”*⁹⁸.
91. Al respecto, corresponde observar que Fonasa corrigió estas dificultades en la Licitación Complementaria, limitando dichos servicios a la exigencia de informes estadísticos y requerimientos de validación de la identidad de los beneficiarios de Fonasa, para lo cual se estableció la provisión de una plataforma de registro gratuita para aquellas farmacias que no cuenten con sistemas informáticos propios.
92. Precisamente por las dificultades identificadas en los párrafos precedentes, la Licitación estableció mecanismos adicionales de participación (UTP, adhesión a los contratos adjudicados o Convenio en comunas sin cobertura del adjudicatario). Sin embargo, como se verá *infra*, en dichos mecanismos persisten ciertas dificultades para la participación de farmacias independientes, que responden a las condiciones estructurales que existen en

⁹⁷ Fonasa, Aporte de antecedentes de 27 de septiembre de 2019, p.5.

⁹⁸ Fonasa, Aporte de antecedentes de 27 de septiembre de 2019, p.5

la industria de los medicamentos, que no son causadas por esta Licitación y, por tanto, escapan a su análisis en el marco de la Licitación.

93. Finalmente, cabe indicar que, según lo enunciado *supra* respecto de la Licitación Complementaria, las dificultades asociadas a la cobertura geográfica, exigencia de Servicios Complementarios y al número total de productos exigidos en la Licitación ya no persistirían o se han reducido significativamente respecto de las regiones que se asignarán en esta nueva licitación. Lo anterior, debido a que la unidad territorial de asignación se redujo a cada región, se contemplaría la provisión de una plataforma de registro gratuita para elaborar los informes estadísticos, se requiere un menor número de medicamentos, y se asigna hasta un 20% del puntaje total para empresas regionales y de menor tamaño.

III.1.2. Posibilidad de las farmacias independientes de participar como Unión Temporal de Proveedores

94. Tal como se indicó *supra*, la Licitación estableció que las farmacias independientes podrían presentar ofertas conjuntamente a través de UTP, para lo cual debían presentar el mismo listado de precios preferentes para beneficiarios Fonasa. La regla que se estableció para la formación de UTP es que no podían constituir o ser parte de éstas aquellas personas naturales o jurídicas que fueran titulares de 50 o más establecimientos del área farmacéutica, incluyéndose en estos aquellos con los que han celebrado contratos de franquicia o uso de marca común, dejando fuera de ese mecanismo a las Cadenas de farmacias⁹⁹. Al respecto, la Consultante indica que existirían dificultades para las farmacias independientes de participar como UTP, especialmente si se considera que las asociadas de Afich -por regla general- cuentan sólo con un local¹⁰⁰.
95. En virtud de los antecedentes recabados en la Investigación, esta Fiscalía pudo constatar que ciertas dificultades identificadas para participar de manera

⁹⁹ Véase nota al pie N°68.

¹⁰⁰ Consulta pp. 4-5.

autónoma en la Licitación se mantendrían respecto de la participación como UTP, especialmente aquellas relacionadas con la posibilidad de ofertar el stock de medicamentos objeto de la Licitación y dar cumplimiento a los Servicios Complementarios. Adicionalmente, existirían asimismo importantes costos de transacción asociados a la presentación de ofertas en UTP.

96. En efecto, la participación en UTP exigía a las farmacias independientes coordinar tanto el listado de medicamentos a ofertar como los precios a ofrecer, pese a la existencia de distintos costos de aprovisionamiento y de stock de medicamentos por parte de dichas farmacias. Adicionalmente, el numeral 9°, letra a) de las Bases Administrativas estableció que las UTP debían pactar la solidaridad entre sus miembros respecto de las obligaciones que derivasen de la Licitación. Así, se generarían desincentivos a la participación conjunta, pues las multas asociadas a la falta de stock de un producto por parte de una farmacia podrían ser de cargo de todas las farmacias integrantes de la UTP¹⁰¹.

97. En ese sentido, el número de farmacias que debían reunirse para presentar una oferta similar a la de Ahumada, exigía una UTP de al menos 10 farmacias independientes, que abarcarían un total de 98 locales en 38 comunas¹⁰², lo que ciertamente genera costos de transacción y cambios a sus respectivas estrategias de negocios, que debían acordar dentro del breve plazo considerado para la presentación de ofertas, que incluso las Cadenas consideraron limitado para la evaluación y elaboración de sus propias ofertas¹⁰³.

¹⁰¹ Ello sería un problema de difícil solución para las farmacias independientes que conforman la UTP, pues por restricciones sanitarias, las farmacias no podrían venderse medicamentos entre sí para suplir las eventuales falta de stock de algún miembro de la UTP, sin perjuicio de lo cual, en principio todas las farmacias serían responsables ante dicha situación de cara a Fonasa.

¹⁰² Ello les habría permitido obtener un puntaje de 78,63 en la evaluación de la cobertura geográfica para la zona central, al cubrir 38 comunas, pudiendo competir efectivamente con la oferta presentada por Ahumada para dicha zona.

¹⁰³ Información aportada en tomas de declaración de fechas 6 de septiembre y 10 de septiembre de 2019.

98. Según esta Fiscalía pudo constatar en la Investigación¹⁰⁴, las farmacias independientes que analizaron participar bajo esta modalidad tuvieron dificultades para definir la forma en que la UTP debía distribuir el pago de las garantías de seriedad de la oferta y de fiel cumplimiento, y si podían o no negociar conjuntamente con laboratorios y droguerías para lograr incluir las especialidades farmacéuticas exigidas en la Licitación.

III.1.3. Adhesión por parte de farmacias independientes a contratos adjudicados en Licitación

99. Adicionalmente, la Licitación estableció la posibilidad de que las farmacias independientes no adjudicadas se adhieran voluntariamente a un contrato adjudicado, siempre que dicha farmacia no contase con más de 10 puntos de venta en la zona respectiva, pudiendo sumarse al convenio hasta con un máximo de cinco puntos de venta en la zona, y con un máximo de un punto de venta por comuna. Para ello, la farmacia independiente deberá cobrar el mismo precio de la oferta adjudicada en cada uno de los medicamentos que se expendan, y deberá contar con, al menos, una especialidad farmacéutica respecto de cada medicamento incluido en los vademécums N°1 y N°2.
100. Cabe indicar que existirían 1.172 farmacias a nivel nacional que podrían adherirse a los contratos de Fonasa¹⁰⁵, por cumplir con el requisito de contar con un máximo de 10 locales por zona. De ellas, 116 farmacias se encuentran en la zona norte, 160 en la zona centro norte, 674 en la zona central, 242 en la zona centro sur y 148 farmacias en la zona sur.
101. La Licitación también dispone que, tratándose de empresas de menor tamaño regidas por la Ley N°20.416, los contratos que se suscriban puedan establecer la gradualidad en la implementación de los Servicios Complementarios. No

¹⁰⁴ Información aportada en tomas de declaración de fechas 6 de septiembre y 10 de septiembre de 2019.

¹⁰⁵ Cabe señalar que el número total de farmacias a nivel nacional que podrían adherirse a los contratos de Fonasa no es igual a la suma directa de cada una de las columnas azules del Gráfico N°2. Esto se debe a que algunas farmacias independientes se encuentran en más de una zona y se contarían más de 1 vez de realizar la suma simple del valor de las columnas.

obstante, al igual que en el caso de las UTP, no es claro en la Licitación el modo bajo el cual se unificarían, por ejemplo, los servicios complementarios, las multas por incumplimiento, entre otros.

102. De esta manera, esta Fiscalía estima que, en principio, el mecanismo de adhesión permitiría a las farmacias independientes ser parte de los convenios a celebrar a través de la Licitación. Sin embargo, no es claro el beneficio que esta adhesión representaría para las farmacias independientes, pues deberán ajustarse a los precios ofertados por la farmacia adjudicada -pese a no acceder a los mismos descuentos por volúmenes a los que accederían las cadenas en la negociación con droguerías y laboratorios- y cumplir con el stock de medicamentos indicado en el numeral 8.1, letra d) de las Bases Administrativas, exponiéndose a multas cuyos montos, conforme a la información recabada, puede ser relevante para algunas farmacias independientes.

103. Para evaluar la capacidad de las farmacias independientes de adherirse al convenio resultante de la Licitación, con la información disponible se logró analizar -sólo en términos generales- si las farmacias independientes podrían replicar los precios de la oferta adjudicada en los casos de medicamentos genéricos e innovadores¹⁰⁶. Para esto, se comparó si los costos de aprovisionamiento de las farmacias independientes, para un subconjunto de los medicamentos incluidos en la Licitación, eran inferiores o superiores al precio ofertado por Ahumada.

104. En específico, se solicitó información a droguerías respecto de precios mensuales de venta con IVA a farmacias independientes, sobre los cuales se tomó el promedio para el año 2018. Luego, estos precios -que corresponden

¹⁰⁶ Considerando que para el caso de los medicamentos similares existen varias alternativas sobre las que no siempre se registraron ventas, no fue posible extender a éstos el ejercicio comparativo descrito, mientras que para genéricos e innovadores se tenía un dato para cada combinación de número Correlativo y tipo de medicamento (genérico, similar e innovador), de acuerdo a lo requerido en la Licitación.

al costo de aprovisionamiento más relevante de las farmacias independientes- se compararon con los de la oferta adjudicada sólo para el caso de innovadores y genéricos, análisis que se detalla a continuación¹⁰⁷.

105. En primer lugar, cabe señalar que la oferta de Ahumada contempló 2.460 combinaciones de especialidades farmacéuticas y tipos de medicamento, de las cuales, usando la terminología de las Bases Técnicas, 824 califican como innovadores, 1.446 como similares y 190 como genéricos¹⁰⁸⁻¹⁰⁹.

Tabla N°5. Número de combinaciones de especialidad farmacéutica y tipo de producto ofertadas por Ahumada

| Productos | Bioequivalentes | | Total oferta |
|--------------|-----------------|--------------|--------------|
| | Sí | No | |
| Innovadores | 8 | 816 | 824 |
| Similares | 470 | 976 | 1.446 |
| Genéricos | 112 | 78 | 190 |
| Total | 590 | 1.870 | 2.460 |

Fuente: Elaboración propia en base a la información disponible en Chilecompra.

106. Pues bien, la oferta de Ahumada contemplaba 1.014 combinaciones de especialidades farmacéuticas y tipos de medicamentos, entre innovadores y genéricos. De este total, sólo se lograron identificar 587 combinaciones que correspondían a productos farmacéuticos adquiridos por farmacias independientes durante el año 2018, lo que confirma que este tipo de

¹⁰⁷ Es preciso señalar que los resultados no varían sustancialmente si el análisis se realiza sobre las compras del año 2018 o sobre las compras en el periodo de 12 meses comprendido entre septiembre de 2018 y agosto de 2019. Véase Anexo Confidencial N°4.

¹⁰⁸ Adicionalmente, como fue señalado *supra* en nota al pie N°21, la oferta de Ahumada también incorporó 297 especialidades farmacéuticas similares que eran opcionales de agregar a la oferta, dando un total de 2.757 combinaciones de especialidad farmacéutica y tipo de medicamentos para las cuales se presentó una oferta de precio.

¹⁰⁹ Como fue referido en nota al pie N°13, en ciertos casos, un mismo medicamento podía ser ofertado en distintas combinaciones de especialización farmacéutica y tipo de medicamento. Respecto del primer ejemplo señalado en esa nota al pie, corresponde señalar que, revisada la oferta presentada por Ahumada, sólo para dos Correlativos, 1423 y 1577, que tenían iguales especificaciones de molécula, dosis, bioequivalencia, número de unidades y tipo de medicamento, se presentó el mismo producto farmacéutico.

Ahora bien, la oferta de Ahumada igualmente presentó medicamentos repetidos en 373 combinaciones, 50 que estaban asociadas a innovadores, 313 a similares y 10 a genéricos. En este sentido, la oferta contempló un total de 2.559 productos farmacéuticos.

farmacias maneja un portafolio o mix de productos mucho más reducido que una farmacia de cadena.

Tabla N°6. Número de combinaciones de especialidad farmacéutica y tipo de producto de la oferta adquiridos por farmacias independientes

| Productos | Bioequivalentes | | Total oferta |
|--------------|-----------------|------------|--------------|
| | Sí | No | |
| Innovadores | 3 | 447 | 450 |
| Genéricos | 76 | 61 | 137 |
| Total | 79 | 508 | 587 |

Fuente: Elaboración propia en base a información aportada por droguerías¹¹⁰.

107. Sobre este conjunto de medicamentos se determinó que, para 51,4% de ellos, el costo de compra del medicamento para las farmacias independientes es inferior al precio de venta al público de la oferta adjudicada. En este análisis no se considera ningún otro tipo de costo adicional, como por ejemplo de transporte y logística, almacenamiento, de operación, etc.
108. Separado el análisis por tipo de medicamento, fue posible constatar que las farmacias independientes tendrían un costo de compra inferior al ofertado por Ahumada en aproximadamente un 37% de los medicamentos innovadores y cerca de un 98% de los genéricos.

Tabla N°7. Número de combinaciones de especialidad farmacéutica y tipo de producto de la oferta adquiridos por farmacias independientes

| Productos | Costo de adquisición es inferior a precio ofertado | | Total oferta |
|--------------|--|------------|--------------|
| | No | Sí | |
| Innovadores | 282 | 168 | 450 |
| Genéricos | 3 | 134 | 137 |
| Total | 285 | 302 | 587 |

Fuente: Elaboración propia en base a información aportada por droguerías.

¹¹⁰ Corresponde señalar que, para un máximo de 20 combinaciones de especialidad farmacéutica y tipo de producto, no se observaron compras de medicamentos durante 2018 por parte de las farmacias independientes, pero sí fueron adquiridos por ellas durante el año 2019. Si bien estos casos no están en el análisis presentado, como fue señalado en nota al pie N°107, al incluirlos los resultados no varían sustancialmente.

109. En las tablas que siguen se muestra la cantidad de medicamentos innovadores (Tabla N°8) y genéricos (Tabla N°9), en que el costo de compra por las farmacias independientes es superior e inferior al precio ofertado por Ahumada.

Tabla N°8. Diferencia entre costo de adquisición de farmacias independientes y precio a público ofertado en la Licitación, para medicamentos innovadores de la oferta

| Diferencia en porcentaje sobre costo de adquisición | N° casos |
|---|------------|
| [-90% a -60%) | 15 |
| [-60% a -30%) | 115 |
| [-30% a 0%) | 152 |
| [0% a 30%) | 122 |
| [30% a 60%) | 35 |
| [60% a 90%) | 3 |
| Desde 90% | 8 |
| Total | 450 |

Fuente: Elaboración propia en base a información del portal de Chilecompra y la aportada por droguerías¹¹¹.

Tabla N°9. Diferencia entre costo de adquisición de farmacias independientes y precio a público ofertado en la Licitación, para medicamentos genéricos

| Diferencia en porcentaje sobre costo de adquisición | N° casos |
|---|------------|
| [-90% a -60%) | 0 |
| [-60% a -30%) | 1 |
| [-30% a 0%) | 2 |
| [0% a 30%) | 12 |
| [30% a 60%) | 19 |
| [60% a 90%) | 30 |
| Desde 90% | 73 |
| Total | 137 |

Fuente: Elaboración propia en base a información del portal de Chilecompra y la aportada por droguerías¹¹².

¹¹¹ Corresponde señalar que, si bien en la nota al pie N°109 se indicó que en la oferta de Ahumada se encontraron 50 combinaciones de especialidades farmacéuticas y tipo de medicamento genérico que contenían medicamentos repetidos, en esta tabla sólo se encuentran tres de estos casos.

¹¹² Es preciso indicar que, si bien en la nota al pie N°109 se indicó que en la oferta de Ahumada se encontraron 10 combinaciones de especialidades farmacéuticas y tipo de medicamento genérico que contenían medicamentos repetidos, en esta tabla sólo se encuentra uno de estos casos.

110. Debe considerarse también que, según fue declarado por dueños de farmacias independientes¹¹³, sus otros costos de operación alcanzan a cerca de un 30% del precio de venta al público, lo que no pudo ser verificado por esta Fiscalía.
111. Se puede señalar entonces que, una vez que Ahumada implemente los precios preferentes para beneficiarios de Fonasa que comprometió en la Licitación, la capacidad e incentivos de las farmacias independientes para adherirse al convenio con los mismos precios ofertados dependerá del mix de productos que manejen estas farmacias, considerando las diferencias observadas para medicamentos genéricos e innovadores. Así, las farmacias independientes enfocadas en la venta de genéricos tienen la capacidad de replicar los precios ofertados por Ahumada en prácticamente todos los medicamentos de ese tipo incluidos en este análisis. Por el contrario, respecto de medicamentos innovadores esa capacidad es más limitada.

III.1.4. Celebración de convenios con farmacias independientes en comunas en las cuales el adjudicatario no cuente con establecimientos autorizados

112. El numeral 8.2 de las Bases Administrativas, establece la posibilidad de que, durante la vigencia de los contratos adjudicados en cada zona, Fonasa celebre convenios con otras farmacias, siempre que se trate de comunas en las cuales el adjudicatario no tenga locales, y que la farmacia independiente no cuente con más de 10 puntos de venta en la zona respectiva, pudiendo sumar al convenio sólo un local en cada comuna.
113. Cabe indicar que, al igual que en el caso anterior, existirían 1.172 farmacias a nivel nacional que podrían suscribir este tipo de convenios con Fonasa, al cumplir con el requisito de contar con un máximo de 10 locales por zona. Sin embargo, como esto sólo podía realizarse en aquellas comunas donde el adjudicatario no tenga locales, ese conjunto de farmacias habilitadas se reduce sustancialmente. Como se mostró en la Tabla N°3, sólo en 100

¹¹³ Declaración de 24 de septiembre de 2019

comunas hay alguna farmacia independiente y ninguna perteneciente a las Cadenas y, por tanto, ese sería el número máximo de convenios posibles.

114. Con todo, la Licitación no establece la forma en que Fonasa elegirá a las farmacias disponibles para celebrar estos convenios. Al igual que en el caso anterior, no es claro el beneficio que este mecanismo representa para las farmacias independientes, pues deberán ajustarse a los precios ofertados por la farmacia adjudicada -con las dificultades que ello representa por los distintos costos de aprovisionamiento a los que acceden-, y cumplir con el stock de medicamentos indicado en el numeral 8.1, letra d) de las Bases Administrativas, exponiéndose a multas que, conforme a la información recabada, pueden ser considerables para algunas farmacias independientes.

III.2. Otras materias relevantes respecto de las Bases de Licitación

115. Según esta Fiscalía pudo constatar en la Investigación, el análisis de las Bases de Licitación produjo en diversos actores de la industria dudas de interpretación y dificultades para una adecuada presentación de las ofertas, lo que en algunos casos habría desincentivado la participación en la Licitación, según se indica a continuación.

III.2.1. Interpretación de la regla contenida en el numeral 9°, letra c) de las Bases Administrativas

116. Conforme establece el numeral 9°, letra c) de las Bases Administrativas, los oferentes debían incluir en su oferta económica el precio de lista correspondiente al precio de venta al cierre del año 2018 y el precio ofertado para cada uno de los medicamentos incluidos en su oferta, correspondiente al precio de venta final a cobrar al beneficiario de Fonasa.
117. En el caso que un oferente no indicase en su oferta económica el precio ofertado de alguno de los medicamentos, para efectos de la evaluación de la oferta se consideraría un precio equivalente al más alto ofertado por los demás oferentes, multiplicado por 1,3. Conforme establece la Licitación, esta regla se

aplicaría a un máximo del 10% de los medicamentos incluidos en su oferta económica¹¹⁴.

118. Las Bases Administrativas agregan que en el caso de que un oferente no indicase el precio ofertado de un porcentaje mayor al 10% de la cantidad de medicamentos incluidos en su oferta económica, su oferta sería declarada inadmisibile¹¹⁵.
119. La interpretación del numeral 9°, letra c) de las Bases Administrativas generó dudas entre de los interesados y por ello, durante el proceso de aclaraciones de la Licitación, esta materia fue objeto de diversas consultas. Ante estas consultas, Fonasa indicó expresamente: *"[n]o es obligatorio presentar oferta para todos los medicamentos hasta un máximo del 10% de las especialidades farmacéuticas incluidas en el anexo N°3 "Oferta Económica". Por lo tanto, el adjudicado no está obligado a tener disponible para la venta los medicamentos que no ofertó. El castigo del 1.3 veces al mayor precio se asigna solamente para efectos del cálculo de puntaje"*¹¹⁶.
120. En virtud de lo anterior, esta Fiscalía pudo constatar que existirían dos interpretaciones respecto del número mínimo de especialidades farmacéuticas a ofertar para declarar la admisibilidad de la oferta, pues, por un lado, algunos interesados interpretaron que lo que no se podía omitir era la indicación del precio ofertado de un porcentaje mayor al 10% de la cantidad de medicamentos *incluidos en la oferta económica presentada por el oferente*, lo que significaba que, de los medicamentos individualizados por el oferente, que podían ser menos de los solicitados en la Licitación, no era posible omitir una oferta en precio para el 90% de dichos medicamentos. Por otro lado, algunos interesados estimaron que para que sus ofertas fueran admisibles, era

¹¹⁴ Numeral 9°, letra c), párrafo 3° de las Bases Administrativas.

¹¹⁵ Numeral 9°, letra c), párrafo 4° de las Bases Administrativas.

¹¹⁶ Respuesta de Fonasa de fecha 27 de junio de 2019, Proceso de Aclaraciones de la Licitación. Disponible en el sitio web de mercado público:

<http://www.mercadopublico.cl/Procurement/Modules/RFB/DetailsAcquisition.aspx?q=BGRsfeUk1j76Aq536fYffw==> [Fecha de consulta: 23 de septiembre de 2019].

necesario ofertar al menos el 90% de las especialidades farmacéuticas incluidas en el Anexo 3, es decir, considerando todas las especialidades farmacéuticas incluidas en los vademécums de la Licitación.

121. A juicio de esta Fiscalía, este problema interpretativo se explicaría por la falta de claridad de los párrafos 3° y 4° del numeral 9°, letra c) de las Bases Administrativas, junto a las inconsistencias que existirían con el numeral 5° de las Bases Técnicas, y en las respuestas dadas por Fonasa durante el proceso de aclaraciones de la Licitación respecto de esta materia.
122. Teniendo presente lo anterior, parece razonable que, en la Licitación Complementaria, Fonasa aclarara cualquier duda que pueda surgir respecto del criterio de postulación mínima para declarar admisible las ofertas con el objeto de aumentar la participación y recepción de ofertas. Al respecto, las Bases de la Licitación Complementaria señalan, en el numeral 9 "Presentación de las Ofertas", inciso 7°, que Fonasa se reserva la facultad de no adjudicar la licitación a la mejor oferta de la respectiva región, si esta no incluye en el Anexo 3 un porcentaje superior al 50% de la cantidad total de medicamentos solicitados en dicho anexo.

III.2.2. Dificultad en interpretación de cláusulas de igualación de precio

123. Dentro de las obligaciones de los adjudicatarios de la Licitación, se establecen cláusulas de igualación y mejora de precios para los beneficiarios de Fonasa¹¹⁷, consistentes en: (i) por un lado, en el evento de que la farmacia mantenga o suscriba otro convenio, en virtud del cual expenda, en forma permanente o temporal, un medicamento incluido en la Licitación a un precio menor al acordado con Fonasa, deberá ajustarse automáticamente el precio ofertado en la Licitación a aquel precio menor; y (ii) en caso que el adjudicatario tenga una oferta estacional o permanente dirigida al público general, deberá garantizarse un descuento de al menos un 3% adicional a dicha oferta para los beneficiarios Fonasa.

¹¹⁷ Véase las Bases Técnicas, Numeral 4°.

124. Al respecto, durante el proceso de aclaraciones de la Licitación, Fonasa indicó expresamente que los convenios a que hace referencia la cláusula de igualación de precio mencionada en el punto (i) *supra*, se referirían a cualquier tipo de convenio que otorgue precios de venta final inferiores a los pactados en el contrato con Fonasa, “tanto los actuales como los futuros”, y que se referirían a todos los convenios que otorguen un precio preferente al asegurado de Fonasa, sin perjuicio de lo cual, la exclusión de un convenio debiese ser autorizada previamente por Fonasa¹¹⁸.
125. En virtud de lo anterior, esta Fiscalía pudo constatar que existirían distintas interpretaciones respecto de las cláusulas de igualación y mejora de precios para beneficiarios de Fonasa respecto de los precios cobrados por medio de otros convenios u ofertas de las farmacias. Así, por un lado, se estima que dicha igualación aplicaría para todos los convenios y ofertas que tengan las farmacias, independiente de quienes sean los beneficiarios de dichos convenios y descuentos¹¹⁹, por ejemplo, convenios con Isapres u otras instituciones. Según esta interpretación, el objetivo de la Licitación consistiría en que el beneficiario siempre pueda acceder al precio más conveniente ofrecido por la farmacia para los medicamentos incluidos en la Licitación.
126. Por otro lado, algunos interesados en la Licitación interpretaron que estas cláusulas de igualación y mejora en el precio sólo aplicarían cuando los convenios y las ofertas de la farmacia estuvieran dirigidos a beneficiarios Fonasa, excluyéndose, por ejemplo, los precios ofrecidos en virtud de convenios celebrados con Isapres¹²⁰.

¹¹⁸ Proceso de Aclaraciones de la Licitación. Disponible en el sitio web de mercado público: <http://www.mercadopublico.cl/Procurement/Modules/RFB/DetailsAcquisition.aspx?qs=BGRsfeUk1i76Aq536fYffw==> [Fecha de consulta: 23 de septiembre de 2019].

¹¹⁹ De acuerdo a información aportada en declaración de 30 de agosto de 2019.

¹²⁰ De acuerdo a información aportada en declaraciones de 6 de septiembre y 10 de septiembre de 2019.

127. Esta Fiscalía estima que estas cláusulas de igualación y mejora de precios pueden, eventualmente, reducir los incentivos que tienen las farmacias para efectuar ofertas o descuentos en los precios de los medicamentos incluidos en la Licitación, debido a que siempre se debiese tener en consideración el descuento adicional a efectuar a los beneficiarios de Fonasa. Del mismo modo, este tipo de cláusulas podría desincentivar la celebración de convenios con terceros por parte de las farmacias, y reducir la intensidad competitiva entre éstas por lograr suscribirlos. Respecto de las adjudicatarias de la Licitación, esto se produce porque deben hacer extensivos los beneficios en precio de dichos convenios a usuarios que no serían considerados ni relacionados con su contraparte al momento de pactar las condiciones del convenio. Y respecto de las farmacias no adjudicatarias de la Licitación, percibirán menos presión competitiva al negociar los beneficios con sus contrapartes.

128. Por ello, parece razonable que Fonasa aclare, tanto en la presente Licitación, como en la Licitación Complementaria, el contenido y extensión de las obligaciones establecidas en las cláusulas de igualación y mejora de precios del numeral 4° de las Bases Técnicas.

III.2.3. Dificultades en la interpretación de los vademécums de medicamentos exigidos por Fonasa

129. Según pudimos constatar en la Investigación, algunos interesados tuvieron problemas para interpretar qué medicamentos específicos se correspondían con las especialidades farmacéuticas solicitadas en la Licitación.

130. Así, por un lado, esta dificultad se explicaría debido a que el numeral 3° de las Bases Técnicas de la Licitación define ciertos conceptos relevantes en materia

farmacéutica de manera inconsistente con lo que establece la regulación sanitaria¹²¹⁻¹²².

131. Por otro lado, habrían existido dificultades para identificar los productos farmacéuticos solicitados, en función de las dosis y unidades determinadas en el Anexo 3. Así, por ejemplo, para algunas especialidades solicitadas, no era claro si a partir de la dosis y unidades solicitadas se requerían comprimidos, frascos, sobres, ampollas u otro formato¹²³. En el mismo sentido, en el Anexo 3 existirían casos en que, para la misma especialidad farmacéutica (misma molécula, dosis y tipo de medicamento), se habrían distinguido dos filas distintas, asignándoles distintos ponderadores de evaluación¹²⁴.

III.2.4. Plazo de presentación de las ofertas en la Licitación

132. El numeral 2º de las Bases Administrativas establece el cronograma de la Licitación, que considera 75 días entre la publicación de las Bases y la fecha de presentación de las ofertas.
133. De los antecedentes obtenidos en la Investigación, se constató las dificultades de distintos interesados en participar en la Licitación para obtener una respuesta de cada uno de sus proveedores –laboratorios y droguerías- cuyos productos estaban incluidos en los vademécums de la Licitación, en particular respecto de las condiciones de precio y suministro para toda la duración del contrato con Fonasa.

¹²¹ Véanse las definiciones de “Medicamento Innovador”, “Medicamento Similar” y de “Medicamento Genérico” contenidas en el numeral 3º de las Bases Técnicas. Según esta Fiscalía pudo constatar, la regulación sanitaria no contempla dichas definiciones.

¹²² De acuerdo a información aportada en declaración de 10 de septiembre de 2019, estas inconsistencias en la definición de los medicamentos innovadores, similares y genéricos, habría dificultado la presentación de ofertas en la Licitación, al no existir claridad respecto de qué medicamento en específico se correspondía con los vademécums que Fonasa estaba solicitando en la Licitación.

¹²³ Así, por ejemplo, para la molécula Colecalciferol, de 10 ML, 1 unidad solicitada, de tipo similar, no era claro si lo que se exigía era un frasco, una ampolla o un comprimido. Lo mismo ocurre con la molécula Acetilcisteína, de 2 G, 1 unidad solicitada, de tipo similar, donde lo solicitado podía corresponder a 1 frasco o 1 comprimido.

¹²⁴ Véase nota al pie N°13.

134. La incertidumbre respecto de cuáles serían estas condiciones comerciales y, en particular, el costo de aprovisionamiento para cada uno de los medicamentos incluidos en la Licitación -con el riesgo de adjudicársela ofreciendo precios para productos que luego pueden estar sujetos a alzas imprevisibles de sus costos, en una posición de dependencia o *hold up* respecto de sus proveedores- fue un factor que podría haber desincentivado la participación de más oferentes en la Licitación.

III.2.5. Contenido del plan de difusión de la Licitación

135. El numeral 9° de las Bases Técnicas establece que el adjudicatario deberá iniciar, con cargo a sus costos, un plan de difusión del contrato, que debe ser ejecutado durante los dos meses siguientes a la fecha de inicio de la ejecución del contrato, previa autorización de Fonasa, pudiendo contener una serie de acciones, como presencia en redes sociales, prensa escrita, material gráfico, entre otros, a solicitud de Fonasa.
136. Según fue posible constatar en la Investigación, algunos interesados en participar en la Licitación consideraron que no era posible estimar los costos que conllevaría ejecutar el plan de difusión, pues sus características sólo quedarían definidas después de adjudicada la Licitación. De la misma manera, existían dudas respecto a las acciones específicas que incluiría el plan de difusión pues, por un lado, las Bases Técnicas indicaban que se requeriría de una autorización de Fonasa para ejecutar ciertas acciones, siendo facultativa para la farmacia la definición del plan de difusión, mientras que, por otro lado, se estableció que Fonasa solicitaría las acciones a implementar en virtud del referido plan.

IV. CONCLUSIONES

137. Como se señaló, los objetivos definidos por Fonasa para la Licitación eran disminuir el gasto de bolsillo de más de 14 millones de beneficiarios de Fonasa en 2.143 medicamentos éticos, con una cobertura geográfica que comprenda la mayor cantidad posible de usuarios de Fonasa y garantías de stock.

138. Para efectos de esta Consulta, al evaluar la Licitación desde una perspectiva de libre competencia, debe considerarse si su estructura y, en particular, si las exigencias y ponderaciones de las ofertas que pudiesen impedir o dificultar la participación de potenciales oferentes –en este caso, de farmacias independientes- se encuentran justificadas en los objetivos de política pública de salud explicitados por Fonasa.
139. De lo desarrollado en las secciones precedentes, esta Fiscalía puede concluir que existen factores que limitaron la participación de farmacias independientes en la Licitación, algunos relacionados con la Licitación misma y otros relacionados con ciertas condiciones de competencia que estructuralmente enfrentan las farmacias independientes.
140. En cuanto a las limitaciones asociadas al diseño de la Licitación, ellas se relacionarían principalmente con la subdivisión en macrozonas y los ponderadores para asignar puntaje por contar con locales en cada comuna. Tal como se ha indicado en esta presentación, estas condiciones estarían justificadas considerando los objetivos de la Licitación, esto es, la necesidad de obtener una mayor cobertura geográfica para los beneficiarios de Fonasa.
141. Al mismo tiempo, dadas las condiciones de competencia de las farmacias independientes, ellas tenían dificultades para participar debido al incremento de costos asociado a cumplir con el stock de medicamentos solicitado en la Licitación, sumado a la dificultad de lograr condiciones de aprovisionamiento estables por todo el plazo del contrato. Estas restricciones también estarían justificadas de acuerdo a los objetivos de la Licitación, en cuanto a lograr el acceso a precios preferentes en una amplia gama de medicamentos para los beneficiarios de Fonasa.
142. Por otro lado, existían costos de transacción asociados a la conformación de UTP por parte de las farmacias independientes, las que contaban con un breve plazo para formarlas.

143. En cuanto a las alternativas de adhesión al convenio y de suscribir convenios respecto de comunas donde no hay locales de la adjudicataria, además de lo señalado en el párrafo 141, no es claro que las farmacias independientes tengan la capacidad e incentivos para hacerlo, considerando las diferencias observadas entre los precios a público de la oferta de Ahumada y los costos de aprovisionamiento de las farmacias independientes, especialmente para el caso de los medicamentos innovadores. Sin embargo, esta situación no es generada por el diseño o las características de la Licitación, sino que responde a condiciones estructurales existentes en la industria de los medicamentos, cuyo análisis excede el ámbito de esta Consulta.
144. Finalmente, esta Fiscalía estima que tanto los mecanismos adicionales incorporados por Fonasa para permitir la participación de farmacias independientes, así como las condiciones de la Licitación indicadas en la sección III.2, han sido perfeccionados en la Licitación Complementaria, abierta para asignar las regiones en que no hubo adjudicatario en la Licitación, mejorando la capacidad de las farmacias independientes de ofertar y asignarse alguna región.

POR TANTO,

SOLICITO AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA: Tener por evacuado el informe de la Fiscalía Nacional Económica y tener por aportados antecedentes a la Consulta.

PRIMER OTROSÍ: En cumplimiento de lo dispuesto en el Auto Acordado N°7/2006 de ese H. Tribunal, sírvase S.S. tener presente que esta Fiscalía remitirá a la Sra. Secretaria, con esta fecha, versión electrónica de esta presentación.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicitamos a este H. Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 22, 39 letra a) y 42 del DL 211 y en el inciso final del acuerdo tercero del Auto Acordado N°16/2017 del H. Tribunal, tener por acompañados los siguientes archivos digitales contenidos en el CD

"FNE_Confidenciales_1", manteniendo su confidencialidad declarada mediante Resolución Exenta FNE N°699, de 3 de octubre de 2019, cuya copia se acompaña en cuarto otrosí de esta presentación:

1. "FNE 1776 2 Socofar.xlsx", incluido en el CD denominado "FNE 1776 SCF", individualizado en el numeral lviii) de la Res. Ex. FNE N° 699;
2. "FNE 1776 3 Socofar.xlsx", incluido en el CD denominado "FNE 1776 SCF", individualizado en el numeral lviii) de la Res. Ex. FNE N° 699;
3. "Oficio distribuidores V2 Final Ramirez y Sanchez.xlsx", incluido en el CD denominado "Datos Fiscalía" individualizado en el numeral xxiv) de la Res. Ex. FNE N° 699;
4. "FNE 1786 3 Cruz Verde.xlsx", incluido en el CD denominado "FNE 1786 FCV", individualizado en el numeral lvi) de la Res. Ex. FNE N° 699;
5. "MERCADO FARMACEUTICO 0519.xlsx", incluido en el CD denominado "Fiscalía Nacional Económica Oficio 1780", individualizado en el numeral xxii) de la Res. Ex. FNE N° 699;
6. "MERCADO FARMACEUTICO 0419.xlsx", incluido en el CD denominado "Fiscalía Nacional Económica Oficio 1780", individualizado en el numeral xxii) de la Res. Ex. FNE N° 699;
7. "ppt Integramedica.pptx", incluido en el CD denominado "Respuesta Oficio N°1779", individualizado en el numeral xxix) de la Res. Ex. FNE N° 699;
8. "Campaña CB – JULIO.pptx", incluido en el CD denominado "Respuesta Oficio N°1779", individualizado en el numeral xxix) de la Res. Ex. FNE N° 699;
9. "Presentacion 16 Abr.pptx", incluido en el CD denominado "Respuesta Oficio N°1779", individualizado en el numeral xxix) de la Res. Ex. FNE N° 699;
10. "Presentacion convenios 7Jun.pptx", incluido en el CD denominado "Respuesta Oficio N°1779", individualizado en el numeral xxix) de la Res. Ex. FNE N° 699;
11. "Presentación Cruz Blanca final.pptx", incluido en el CD denominado "Respuesta Oficio N°1779", individualizado en el numeral xxix) de la Res. Ex. FNE N° 699;

12. "Presentación Cruz Blanca.pptx", incluido en el CD denominado "Respuesta Oficio N°1779", individualizado en el numeral xxix)) de la Res. Ex. FNE N° 699;
13. "Presentacion PBM ENG V2.pptx" incluido en el CD denominado "Respuesta Oficio N°1779", individualizado en el numeral xxix)de la Res. Ex. FNE N° 699;
14. "Update Mercado Semana 10 2018.pptx", incluido en el CD denominado "Respuesta Oficio N°1779", individualizado en el numeral xxix) de la Res. Ex. FNE N° 699;
15. "PBM Overview.pptx", incluido en el CD denominado "Respuesta Oficio N°1779", individualizado en el numeral xxix) de la Res. Ex. FNE N° 699;
16. "04402-19.pdf", correspondiente al documento individualizado en el numeral xlix) de la Res. Ex. FNE N° 699;
17. "20190408_FONASA_Discusión bases licitación_Presentación de mercado GEN_SIM_INN.pdf", incluido en el CD denominado 'Respuesta Oficio N°1789' individualizado en el numeral I) de la Res. Ex. FNE N° 699;
18. "20190320_IQVIA-FONASA- Canasta Productos Cobertura- Workshop_Entregable para discusión de VDM.pdf", incluido en el CD denominado 'Respuesta Oficio N°1789' individualizado en el numeral I) de la Res. Ex. FNE N° 699;
19. "20180320_Fonasa Base pre selección Moléculas_Primer VDM enviado a FONASA.xlsx", incluido en el CD denominado 'Respuesta Oficio N°1789' individualizado en el numeral I) de la Res. Ex. FNE N° 699;
20. "20190320_Fonasa Base pre selección Moléculas-v3.xlsx" incluido en el CD denominado 'Respuesta Oficio N°1789' individualizado en el numeral I) de la Res. Ex. FNE N° 699;
21. "20190331_Fonasa base gral nueva-v2.xlsx" incluido en el CD denominado 'Respuesta Oficio N°1789', individualizado en el numeral I) de la Res. Ex. FNE N° 699;
22. "20190430_Fonasa Base con Genéricos en vademécums.xlsx", incluido en el CD denominado 'Respuesta Oficio N°1789', individualizado en el numeral I) de la Res. Ex. FNE N° 699;

23. "Minuta para el diseño e implementación de la licitación de precios preferentes.pdf", incluido en el CD denominado 'Respuesta Oficio N°1789', individualizado en el numeral I) de la Res. Ex. FNE N° 699;
24. "20180320_Fonasa Base pre selección Moléculas_Primer VDM enviado a FONASA.xlsx", incluido en el CD denominado 'Respuesta Oficio N°1789', individualizado en el numeral I) de la Res. Ex. FNE N° 699;
25. "20190320_Fonasa Base pre selección Moléculas-v3.xlsx", incluido en el CD denominado 'Respuesta Oficio N°1789' individualizado en el numeral I) de la Res. Ex. FNE N° 699;
26. "20190331_Fonasa base gral nueva-v2.xlsx", incluido en el CD denominado 'Respuesta Oficio N°1789', individualizado en el numeral I) de la Res. Ex. FNE N° 699;
27. "20190430_Fonasa Base con Genéricos en vademécums.xlsx", incluido en el CD denominado 'Respuesta Oficio N°1789' individualizado en el numeral I) de la Res. Ex. FNE N° 699;
28. "Presentacion Proyecto Medicamentos.pdf", incluido en el CD denominado "Complementa Fonasa", individualizado en el numeral Ix) de la Res. Ex. FNE N° 699;
29. "Proyecto Medicamentos Agosto 2018.xlsx", incluido en el CD denominado "Complementa Fonasa", individualizado en el numeral Ix) de la Res. Ex. FNE N° 699;

Atendido que estos documentos y archivos electrónicos contienen datos, fórmulas y estrategias comerciales, de carácter sensible para quienes las aportaron, cuya revelación podría afectar el desenvolvimiento competitivo de sus titulares -y, eventualmente, del mercado- solicitamos al H. Tribunal decretar que sean mantenidos bajo estricta confidencialidad, disponiendo su custodia por la Sra. Secretaria Abogada.

Asimismo, a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el Auto Acordado N°16/2014 del H. TDLC, solicitamos se tengan por acompañadas las versiones

públicas de dichos documentos, contenidas en el CD "FNE_Versiones_públicas_1", con citación. ✓

TERCER OTROSÍ: Solicitamos a este H. Tribunal tener por acompañados bajo confidencialidad, los siguientes archivos digitales contenidos en el CD "FNE_Confidenciales_2": ✓

| N° | Individualización del documento | Razones por las que se solicita la confidencialidad | Identificación del titular de la información e identificación de quien la aporto a la FNE |
|----|---------------------------------|--|---|
| 1 | Anexo Confidencial.pdf | <p>El Anexo Confidencial elaborado por esta Fiscalía contiene (i) estimaciones de demanda total de segmento Fonasa, (ii) condiciones y estrategias comerciales, (iii) costos y (iv) información sobre clientes de una droguería, todos datos comerciales de carácter sensible, cuya revelación puede afectar el desempeño competitivo de quienes son titulares de dicha información.</p> <p>La solicitud de confidencialidad se funda en la disposición cuarta del Auto Acordado N°16 de este H. Tribunal, letras b, c y e, en relación con el artículo 22 inciso 9° del DL 211.</p> | <p>La información contenida en el punto N°1 del Anexo Confidencial fue aportada y pertenece Fonasa.</p> <p>La información contenida en los N°2 y 3 fue aportada y pertenece a Dr. Simi.</p> <p>La información contenida en el N°4 fue aportada por Central de Abastecimiento Farma 7.</p> |
| N° | Individualización del documento | Razones por las que se solicita la confidencialidad | Identificación del titular de la información e identificación de quien la aporto a la FNE |
| 2 | Memoria de cálculo.xlsx | <p>La memoria de cálculo elaborada por esta Fiscalía contiene (i) información desagregada de ubicación y descripción de los tipos de farmacias, (ii) costos de aprovisionamiento de farmacias independientes, y (iii) datos desagregados respecto de la comercialización de medicamentos en la industria farmacéutica.</p> <p>La solicitud de confidencialidad se funda en la disposición cuarta del Auto Acordado N°16 de este H. Tribunal, letras b, c y e, en relación con el artículo 22 inciso 9° del DL 211.</p> | <p>La información fue aportada y pertenece a ISP, Droguerías Ñuñoa, Socofar y Dr. Simi.</p> |

Asimismo, a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el Auto Acordado N°16/2014 del H. TDLC, solicitamos se tengan por acompañadas las versiones públicas de dichos archivos digitales, contenidas en el CD "FNE_Versiones_públicas_2", con citación. ✓

CUARTO OTROSÍ: Sírvase H. Tribunal tener por acompañada copia de la Resolución Exenta FNE N°699, de 3 de octubre de 2019, que declara confidenciales los documentos que indica, en la investigación Rol FNE N° 2574-19. ✓

