

Santiago, siete de abril de dos mil veinte.

PROCEDIMIENTO: No Contencioso

ROL: NC N°458-19

CONSULTANTE: Asociación de Farmacias Independientes de Chile A.G.

OBJETO: Se solicita determinar si las bases administrativas y técnicas para el otorgamiento de precios preferentes en medicamentos y otros productos a los beneficiarios del Fondo Nacional de Salud, y sus anexos, contenidos en la Resolución Exenta 3G N° 51, de 7 de junio de 2019, se ajustan al D.L. N° 211 y, en caso que corresponda, se fijen las condiciones que deberán ser cumplidas en las referidas bases administrativas de manera que no infrinjan sus disposiciones.

I. PARTE EXPOSITIVA

A. APORTANTES DE ANTECEDENTES

1. Consultante: Asociación de Farmacias Independientes de Chile A.G. (la "Consultante" o "AFICH");
2. Entidades que han aportado antecedentes y formulado observaciones dentro de plazo en este expediente:
 - a) Fondo Nacional de Salud; y
 - b) Fiscalía Nacional Económica.
3. Otros aportes de antecedentes:
 - a) Ministerio de Salud.

B. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA CONSULTANTE

4. A fojas 46, AFICH solicitó a este Tribunal determinar si las Bases administrativas y técnicas para el otorgamiento de precios preferentes en medicamentos y otros productos a los beneficiarios del Fondo Nacional de Salud y sus anexos, contenidos en la Resolución Exenta 3G N° 51, de 7 de junio de 2019,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en adelante “las Bases”, se ajustan al D.L. N° 211 y, en caso que corresponda, se fijan las condiciones que deberán ser cumplidas en las referidas bases de manera que no infrinjan las disposiciones de dicho decreto ley.

5. En primer lugar, como antecedente de la consulta formulada, AFICH sostiene ser una asociación gremial constituida el año 2017, que agrupa farmacias independientes que sean propiedad de químicos farmacéuticos. Agrega que tiene por objeto fomentar el desarrollo de sus miembros en aspectos técnicos, comunicacionales, legales, de bienestar, entre otros, así como la realización de actividades educativas, culturales, turísticas, de capacitación, inversión y recreación. Por ello, AFICH tiene legítimo interés en este procedimiento.

6. En cuanto a la licitación objeto de la consulta, AFICH describe que su finalidad es la contratación de establecimientos del área farmacéutica que permitan a los beneficiarios de Fondo Nacional de Salud disminuir su gasto, definiendo un vademécum de medicamentos de alto consumo para proporcionarles un precio preferencial. Sin embargo, acusa que el diseño de la licitación se enfoca en favorecer la participación, como oferentes, de tres grandes cadenas de farmacias, dejando fuera a las farmacias independientes o populares, por las siguientes razones:

6.1. En primer lugar, respecto de la cobertura geográfica de la licitación, la Consultante señala que dicha licitación comprende todo el territorio nacional, dividiéndolo en cinco macrozonas, a saber: zona norte (Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta y Atacama, con 7,4% de beneficiarios); zona centro norte (Coquimbo y Valparaíso, con 14,9% de beneficiarios); zona centro (Metropolitana y Libertador Bernardo O’Higgins, con 43,3% de beneficiarios); zona centro sur (Maule, Ñuble y Biobío, con 18,5% de beneficiarios) y zona sur (Araucanía, Los Ríos, Los Lagos, de Aysén y de Magallanes, con 15,9% de beneficiarios). Indica que el oferente solo puede participar por una macrozona o por todas (no por dos o por tres) y que, además, deberá presentar un listado de todos los locales que estarán disponibles al momento de ponerse en funcionamiento el contrato. Conforme con las Bases, se asigna el mayor puntaje a quien tenga presencia en todas las comunas de la zona y la ponderación de la oferta de cobertura es de un 18%. La Consultante afirma que, dado que las macrozonas comprenden varias comunas (en algunas más de 50), esta condición de las Bases se traduce en una barrera de entrada para las farmacias independientes. Añade que, si bien se contempla la posibilidad de participar en una “Unión Temporal de Proveedores” (“UTP”), ello no sería practicable por los altos costos de coordinación que conlleva.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6.2. En segundo lugar, AFICH cuestiona las incompatibilidades que contemplan las Bases, pues estas establecen que no pueden participar las personas jurídicas que hayan sido condenadas a la pena de prohibición temporal o perpetua para celebrar actos y contratos con los organismos del Estado por los delitos de lavado de activos, financiamiento al terrorismo y cohecho, de acuerdo a la Ley N° 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que indica ("Ley N° 20.393"). Sin embargo, se omite que el año 2018 se incluyeron cuatro delitos que también conllevan la responsabilidad penal de la empresa, estos son la negociación incompatible, la corrupción entre privados, la apropiación indebida y la administración desleal. Afirma que las Bases no pueden discriminar entre unos y otros delitos.

6.3. En tercer lugar, AFICH afirma que, en forma complementaria a los descuentos que debe ofrecer el adjudicatario, el proveedor deberá: (i) contar con reportes y rastreos de las ventas realizadas a los beneficiarios del Fondo Nacional de Salud; (ii) contar con el registro y validación de la receta médica, para lo cual debe disponer de una cartola de consumo individual, con el detalle de las compras y la indicación de la fecha, farmacia, producto y precio, entre otros antecedentes. Tal cartola deberá actualizarse diariamente y estar disponible de manera segura a través del sitio web del oferente, también debe brindar acceso restringido al beneficiario y al adjudicatario, para que el primero pueda conocer la utilización del beneficio y, el segundo, pueda acceder a información sobre el uso del beneficio respecto de la totalidad de los beneficiarios del contrato; (iii) proporcionar información del total de las transacciones de los asegurados del Fondo Nacional de Salud, ya sea de los medicamentos que forman parte de esta licitación o de otros productos no contemplados en ella. AFICH sostiene que una farmacia de barrio no cuenta con los medios económicos para cumplir con todos estos servicios complementarios y, en caso de participar en una UTP, la coordinación de los sistemas informáticos entre cincuenta o más farmacias es irrealizable. En razón de lo anterior, afirma que dicha exigencia constituye una barrera de entrada artificial.

6.4. En cuarto lugar, la Consultante sostiene que las tres principales cadenas de farmacia concentran el 85% del mercado de venta de medicamentos en Chile, por lo que resulta evidente que aquellas optan por descuentos según volúmenes de compra en distintos laboratorios proveedores, descuentos a los que las farmacias independientes no pueden optar. De allí que resulte que, en la competencia por la oferta económica, cuya ponderación corresponde a un 80%, las cadenas puedan ofrecer precios más baratos. Asimismo, señala que es conocido que dichas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cadena están integradas con laboratorios farmacéuticos para la producción de medicamentos. AFICH sostiene, además, que según diversos estudios la existencia de integración vertical laboratorio-farmacia y la producción de medicamentos genéricos de marca explica el 41% del mercado de prescripción nacional con precios ostensiblemente mayores que los medicamentos genéricos bioequivalentes que abastecen el 45% del mercado. De lo anterior, se concluye que un volumen importante de las ventas de las cadenas corresponde a productos llamados “genéricos de marca”, los que son de producción propia. En virtud de lo anterior, AFICH cuestiona cómo Fonasa considera que las farmacias independientes podrán competir contra las cadenas.

C. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DA INICIO AL PROCEDIMIENTO

7. A fojas 57, el 8 de agosto de 2019, se dio inicio al proceso de consulta de autos con el objeto de determinar si las Bases consultadas se ajustan al D.L. N° 211 y, en caso que corresponda, se fijen las condiciones que deberán ser cumplidas en las referidas bases, de manera que no infrinjan sus disposiciones (“Consulta”).

8. En dicha resolución de inicio se ordenó oficiar a la Fiscalía Nacional Económica, al Ministerio de Salud, a la Superintendencia de Salud y al Fondo Nacional de Salud, a fin de que estos, así como otros que también tuvieran interés legítimo, aportaran antecedentes dentro del plazo de 30 días hábiles contados desde la publicación, en extracto, de la resolución en el Diario Oficial, de conformidad con el número 1 del artículo 31 del D.L. N° 211.

D. ANTECEDENTES Y ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APORTANTES

9. A fojas 124, el 27 de septiembre de 2019, el Fondo Nacional de Salud (“Fonasa”) aportó antecedentes señalando que las Bases tienen por objeto brindar acceso a mejores precios a sus afiliados cuyo perfil es, en general, personas de menores ingresos y que suelen pagar más por sus medicamentos. Afirma que para su diseño se tuvo en consideración que las decisiones del sector público pueden afectar la industria en cuestión, razón por la cual se adoptaron diversos mecanismos para promover la libre competencia, evitar comportamientos colusivos y propender a mejores niveles de eficiencia en la licitación, sin perder el objetivo de la política pública.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

10. A continuación, se pronunció sobre las observaciones planteadas en la Consulta señalando, en primer lugar, que resulta crucial para los objetivos de esta política pública que el beneficio llegue a la mayor población posible, por lo que la cobertura geográfica de la oferta es un valor esencial, dado que se requiere que los afiliados puedan acceder al beneficio independientemente del lugar del país donde se encuentren. Señala que, al identificarse la dificultad de algunos oferentes de participar, se incluyó la posibilidad que formaran una UTP, lo que, si bien implica costos de coordinación, es una alternativa razonable para subsanar dicho problema sin afectar el objetivo de política pública que se intenta alcanzar. Agrega que los criterios de la licitación se ajustan al reglamento de Compras Públicas (D.S. N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que aprobó el Reglamento de la ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios), el cual, si bien no es aplicable en este caso, pues se trata de un convenio a título gratuito, sirve de marco de referencia objetivo para evaluar la no afectación de los principios de igualdad ante las bases y de la libre competencia. Añade que las Bases, también, contemplan la posibilidad de que las farmacias que no se adjudiquen el convenio se puedan adherir a este, existiendo condiciones favorables para las farmacias de menor tamaño. Por último, señala que la evaluación de la cobertura geográfica solo analiza la presencia de las farmacias y no el número de locales, a diferencia de la interpretación que hace la Consultante.

11. En segundo lugar, sobre los eventuales problemas respecto de la división geográfica y restricciones a las ofertas, Fonasa afirma que la división se justifica en su distribución y organización estructural, lo que facilita la gestión, la fiscalización y la ejecución del convenio. Por su parte, las restricciones a las ofertas tienen por objetivo disminuir el riesgo de conductas coordinadas por las cadenas, ya que impide que las tres cadenas principales se repartan las macrozonas. Por su parte, la obligación de ofertar igual precio preferente por cada zona hace imposible que estas compitan por todas ellas y finalmente, la diferencia de tamaño de las zonas y la restricción de asignación hace atractivo el desvío desde cualquier potencial acuerdo.

12. En tercer lugar, respecto de la falta de enunciación de delitos actualmente contemplados en la Ley N° 20.393 en la parte relativa a las incompatibilidades para participar en la licitación, Fonasa aclara que las Bases excluyen de participar a quienes tengan alguna incompatibilidad relacionada con condenas por delitos consagrados en dicha ley y que se mencionan una serie de delitos sin que esta enunciación sea indicada como taxativa. Sostiene que es evidente que el Estado

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

no puede contratar con un oferente que no cumpla con la ley vigente, por lo que es ineludible que las modificaciones legales sucesivas a dicha ley, que consagran otros delitos que tengan como sanción la prohibición de contratar con el Estado, tengan efecto de pleno derecho y sean de aplicación inmediata.

13. Respecto de las exigencias tecnológicas que debe cumplir el adjudicatario, los denominados servicios complementarios, Fonasa indica que se trata de servicios esenciales para la ejecución de un convenio de este tipo, en cuanto permite la validación de la identidad del beneficiario, evitando el mal uso del beneficio, así como la degradación de su valor económico. Además, los sistemas integrados entregan información relevante para que Fonasa pueda llevar a cabo su rol como asegurador público, buscando no sólo cumplir objetivos de la presente política pública sino también entregar insumos para el correcto diseño de otras políticas públicas. Añade que dichas exigencias permiten el registro de las transacciones y no corresponden a barreras de entrada ni son un servicio que ofrece un solo proveedor, además, se contemplan -para las farmacias de menor tamaño- mecanismos adicionales para ser parte de la red de proveedores preferentes y la posibilidad de implementar gradualmente los servicios complementarios exigidos, precisamente para incentivar su participación. Agrega que, atendido el objetivo de lograr la mayor participación de postulantes posible, no se definió de manera previa el contenido ni los montos involucrados en el plan de difusión que contemplan las Bases, de modo que puedan participar los establecimientos de menor tamaño o sin recursos suficientes.

14. En cuanto a las características de la industria, Fonasa señala que no se puede pretender que, mediante un instrumento limitado como una licitación, se corrijan las eventuales falencias o deficiencias de una industria. Añade que la Consultante señala no poder competir porque no puede proponer mejores ofertas que las cadenas; sin embargo, dicho argumento no tiene relación con el diseño de las Bases. Indica que las características del mercado son un dato para Fonasa, en virtud del cual estableció una serie de mecanismos para minimizar riesgos anticompetitivos y cumplir con el objetivo de política pública.

15. Finaliza señalando que cada reparo respecto de las Bases tiene su justificación técnica y legal sólida, ponderando distintos objetivos y tomando los resguardos posibles en cuanto a la protección de la libre competencia, por lo que aseguran que Fonasa actuó en el marco legal. Como consideraciones finales, Fonasa entiende que, si bien es necesario ponderar los objetivos de política pública

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sectorial y la protección de la libre competencia, la doctrina ha manifestado que debe existir un grado mayor de deferencia respecto de la autoridad administrativa en atención a que la administración persigue una serie de objetivos de distinta naturaleza y que su ponderación tendrá siempre elementos discrecionales. Señala que, aunque la discusión es sobre el diseño de Bases, el resultado de esta licitación da cuenta de que las propuestas fueron muy agresivas llegando a un descuento promedio del 30%. Añade que se adoptaron todas las medidas pertinentes para conseguir una licitación que no discrimine arbitrariamente a los competidores; que sea objetiva y transparente; y que asegure mínimos de rivalidad. Por último, arguye que los intereses de la Consultante no están necesariamente alineados con los de los beneficiarios de una competitiva implementación de la licitación, que son los usuarios de Fonasa, y que AFICH intenta deslegitimar una licitación con evidentes beneficios para catorce millones de personas.

16. A fojas 142, el 14 de octubre de 2019, la Fiscalía Nacional Económica (“Fiscalía” o “FNE”) aportó antecedentes describiendo en primer lugar la Consulta y detallando los elementos más relevantes de las Bases.

17. La FNE indica que el objetivo de la política pública impulsada por Fonasa consiste en disminuir el gasto de bolsillo de sus beneficiarios, respecto de un listado amplio de más de dos mil medicamentos que requieren receta médica, con una cobertura geográfica que comprenda la mayor cantidad posible de usuarios de Fonasa y con garantías de stock. Añade que la evaluación de la licitación, desde la mirada de protección a la libre competencia, requiere tener presente el objetivo de política pública antes descrito.

18. Respecto al estado de la licitación, la FNE señala que el 4 de septiembre de 2019, Fonasa desestimó la propuesta de Salcobrand por las cinco macrozonas contempladas en la licitación y adjudicó a Ahumada la zona central, declarando desierta la licitación respecto de las demás macrozonas. Luego, el 10 de septiembre de 2019, Fonasa dictó la Resolución Exenta 3G N° 79, que aprobó las bases administrativas, técnicas, y sus anexos, y llamó a una licitación pública complementaria de la licitación objeto de la Consulta, para adjudicar las cuatro macrozonas pendientes. La FNE sostiene que dicha licitación complementaria contempla modificaciones respecto a los criterios de evaluación, número de medicamentos, condiciones para la adhesión al convenio y para los servicios complementarios.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

19. A continuación, la FNE señala que los beneficiarios de Fonasa corresponden aproximadamente a 14.200.000 personas, las que acceden a las prestaciones de salud mediante dos modalidades. La primera, es la modalidad libre elección en la cual el costo de las prestaciones no depende del ingreso de las personas sino del convenio que Fonasa posee con el centro de salud; y, la segunda, es la modalidad de atención institucional, en la cual el porcentaje de bonificación depende del ingreso de las personas. Explica que en la modalidad de atención institucional un importante porcentaje de beneficiarios adquieren sus medicamentos de manera gratuita o con un porcentaje alto de copago. Sin embargo, existe un alto número de beneficiarios que se atienden mediante la modalidad de libre elección (aproximadamente 11 millones de usuarios, los que pertenecen a los tramos B, C o D), por lo que adquieren los medicamentos del canal *retail*, esto es mediante farmacias y almacenes farmacéuticos. Con todo, afirma que ni Fonasa ni las farmacias cuentan con información precisa acerca del volumen de beneficiarios que compran en el canal *retail*.

20. Respecto a la industria de medicamentos, señala que éstos tienen diversas clasificaciones, entre ellas: (i) medicamentos éticos, que requieren prescripción médica, y medicamentos populares o de venta directa, los que no requieren prescripción médica; (ii) medicamentos innovadores, los que se encuentran protegidos bajo patente de invención, y medicamentos genéricos, que son copia de medicamentos innovadores que pueden entrar al mercado una vez que finaliza la protección de la patente. Añade que la licitación objeto de la Consulta solo considera medicamentos éticos, que corresponden a un 65% del total de ventas de medicamentos en farmacias, considerándose dentro de dicho conjunto tanto medicamentos genéricos como innovadores.

21. Sostiene que el mercado en que incidiría la licitación es el de venta de medicamentos en el canal *retail*. En dicho mercado se distinguen tres tipos de farmacias: (i) las cadenas, (ii) las independientes y (iii) las populares. Señala que las cadenas de farmacias concentran la mayor parte de las ventas (cerca de un 88%), las se ubican, principalmente, en zonas altamente pobladas y tienen mayor presencia en comunas de altos ingresos. Por su parte, las farmacias independientes están muy atomizadas y, pese a significar en número más de la mitad de las farmacias en el país, ellas, junto a las farmacias Dr. Simi y las populares, alcanzan solo un 12% de las ventas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

22. En cuanto a los modelos de aprovisionamiento de las farmacias, las independientes se abastecen a través de droguerías; por su parte, las cadenas Ahumada y Salcobrand tienen sistemas de distribución cerrados y negocian directamente con laboratorios y algunas droguerías, mientras que la cadena Cruz Verde realiza compras a Socofar, su droguería relacionada. Por último, indica que las farmacias populares compran a la Central Nacional de Abastecimiento (“Cenabast”).

23. Respecto a la licitación, la FNE analiza cuatro supuestos para evaluar la posibilidad de que las farmacias independientes participen en ella. En primer lugar, estudia si las farmacias independientes podían participar en la licitación de manera autónoma y concluye que, respecto de la cobertura y stock de medicamentos, las farmacias independientes enfrentaban desventajas competitivas para presentar las ofertas de manera autónoma. Asimismo, respecto de los servicios complementarios, la Fiscalía señala que, para evaluarlos, es relevante analizar si dichos servicios resultan esenciales para cumplir la finalidad señalada por Fonasa, la que ha concluido que sí lo son.

24. En segundo lugar, la FNE revisa si dichas farmacias podían participar presentando ofertas como una UTP y señala que constató dificultades, especialmente respecto de la posibilidad de ofertar el stock de medicamentos objeto de la licitación y dar cumplimiento a los servicios complementarios. Sostiene que la UTP exige que las farmacias se coordinen tanto en la oferta de medicamentos como en los precios a ofrecer, pese a que cada una de las farmacias que la compondrían tienen diferentes costos de aprovisionamiento y de stock de medicamentos. Además, en la UTP se debe pactar la solidaridad ante el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el convenio, lo que genera desincentivos a la participación conjunta de farmacias independientes, pues todas pueden ser responsables de la falta de stock de un producto en una de ellas.

25. En tercer lugar, la Fiscalía evalúa si las farmacias independientes podían participar en la licitación adhiriendo al convenio adjudicado y, en particular, revisa si éstas podrían replicar el precio de la oferta adjudicada en medicamentos genéricos e innovadores. Al respecto, sostiene que no queda claro en la licitación el modo en que se unificarían los servicios complementarios ni las multas por incumplimiento. Añade que tampoco es claro el beneficio que le reportaría a las farmacias independientes adherirse al convenio, pues estas deberán, por una parte, ajustarse a los precios de la oferta adjudicada, a pesar de no contar con los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mismos descuentos por volumen, y por otra, deben cumplir con el stock de medicamentos, exponiéndose a multas cuyos montos son relevantes para algunas farmacias independientes. Además, indica que la capacidad e incentivos que tendrían las farmacias independientes para adherirse al convenio dependerá del mix de productos que deban tener, considerando especialmente la cantidad de medicamentos genéricos, pues respecto de estos pueden replicar los precios de las cadenas.

26. Finalmente, la Fiscalía revisa si las farmacias independientes podían participar en la licitación celebrando convenios en las comunas donde el adjudicatario no cuente con locales. Al respecto, comprueba que en la licitación no se establece cómo Fonasa elegirá a las farmacias disponibles para estos convenios ni tampoco queda claro el beneficio que obtienen las farmacias independientes, pues en estos casos se mantiene el precio ofertado por la adjudicataria, pese a los distintos costos de aprovisionamiento y a las dificultades de cumplir con el stock que puedan tener las farmacias independientes.

27. En otro orden de materias, la FNE indica que del análisis de la licitación se observa que existieron dudas de interpretación y dificultades para presentar las ofertas, lo que habría generado desincentivos para participar en ella. En particular, señala que se presentaron dudas de interpretación respecto del número mínimo de especialidades farmacéuticas a ofertar para que se declare admisible la oferta; las cláusulas de igualación del precio; y los vademécums de medicamentos exigidos por Fonasa. Por su parte, señala que se generaron dificultades respecto al plazo de presentación de las ofertas en la licitación y al contenido del plan de difusión.

28. A modo de conclusión, la FNE sostiene que, para evaluar la licitación desde la mirada de la protección a la libre competencia, se requiere tener presente el objetivo de política pública explicitado por Fonasa. Da cuenta que, según su investigación, existieron factores que limitaron la participación de las farmacias independientes, algunos relacionados con el diseño de la licitación y otros con las condiciones de competencia estructurales de la industria. Señala que los primeros, esto es, aquellos que se relacionan directamente con el diseño de las Bases, se encuentran justificados en los objetivos de política pública declarados por Fonasa, atendida la necesidad de obtener una adecuada cobertura geográfica y disponibilidad de medicamentos para sus beneficiarios ubicados en las distintas comunas del país. Además, agrega que, mediante las modificaciones que se observan en la licitación complementaria incorporadas por Fonasa para permitir la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

participación de las farmacias independientes, se han resuelto o disminuido las desventajas observadas.

29. Finalmente, a fojas 227, la FNE aportó antecedentes adicionales respecto de dicha licitación complementaria.

30. A fojas 214, el 18 de octubre de 2019, el Ministerio de Salud (“Minsal”) aportó antecedentes encontrándose fuera de plazo. El Tribunal decidió recibir dichos antecedentes y agregarlos al expediente. Sin embargo, resolvió que, conforme con lo dispuesto en el artículo 31 número 3 del Decreto Ley N° 211, el Minsal no podría participar de la audiencia pública en estos autos.

31. El Ministerio de Salud afirma que todos los antecedentes dan cuenta que el llamado a participar en la licitación fue dirigido a todos los establecimientos del área farmacéutica autorizados para expender medicamentos del país. Lo anterior, afirma, se ve reforzado con permitir el mecanismo de UTP y los convenios de adhesión.

32. Sostiene que la convocatoria de Fonasa cumple con los estándares técnicos que aseguran la libre concurrencia de los interesados, descartándose la imposición de exigencias que pudieren limitar u obstaculizar el acceso a potenciales oferentes.

33. Respecto a la falta de enumeración de delitos actualmente vigentes en la Ley N° 20.393, sostiene que el listado no es taxativo y que, en cualquier caso, se debe considerar la referencia a la pena de prohibición absoluta de contratar con el Estado, que es la que impedirá que puedan celebrar el contrato quienes hayan sido sancionados por los delitos contenidos en dicha ley.

34. En cuanto a lo sostenido por la Consultante respecto a que las farmacias de barrio no tendrían los medios económicos para cumplir con los servicios complementarios, el Minsal afirma que los servicios complementarios son indispensables para supervigilar el cumplimiento de los contratos adjudicados y que, respecto de las empresas de menor tamaño, se contempla una gradualidad para el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con tales servicios.

35. Respecto al argumento que las cadenas podrían presentar mejores ofertas económicas atendido su participación en el mercado, señala que las Bases contemplan medidas para incentivar la participación de todos los oferentes. En primer lugar, la exigencia de la presentación de una oferta nacional para limitar la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

capacidad de coordinación, así como la exigencia de ofertar a una zona para incentivar participación de farmacias independientes. En segundo lugar, las Bases contemplan la adjudicación de un máximo de tres zonas, o dos si una de ellas es la zona central. Lo anterior tiene como objetivo evitar que un solo establecimiento obtenga mayor poder de mercado sobre otros, y en los nuevos procesos licitatorios, permitir la alternancia de los establecimientos del área farmacéutica en las macrozonas, a fin de evitar la concentración de la oferta.

36. Finalmente, indica que la distribución de las zonas licitadas tuvo por objetivo lograr un óptimo en la fiscalización de la ejecución de los contratos ya que replica la estructura organizacional de Fonasa, la que no es antojadiza, sino que está establecida para facilitar la prosecución de fines institucionales, de administrar los recursos financieros del sector salud, mejorar la calidad de atención de los asegurados, entre otras de su competencia.

E. AUDIENCIA PÚBLICA

37. A fojas 221 consta la citación a la audiencia pública para el 11 de diciembre de 2019, a las 9:30 horas. El 8 de noviembre de 2019, se publicó la citación en el Diario Oficial, según consta a fojas 222, mientras que la publicación en la página web del Tribunal se realizó el 23 de octubre del mismo año.

38. En la audiencia pública, como consta a fojas 242, intervinieron los apoderados de la Consultante, del Fondo Nacional de Salud y la Fiscalía Nacional Económica, ambos aportantes de antecedentes a la causa.

II. PARTE CONSIDERATIVA

A. LO CONSULTADO

1. La AFICH ha solicitado un pronunciamiento respecto de si las Bases, objeto de esta Consulta, se ajustan a las disposiciones del D.L. N° 211 y, en caso que corresponda, se fijen las condiciones que deberán ser cumplidas en ellas de manera que no infrinjan las disposiciones del referido decreto ley. En relación con el estado de la licitación consultada, consta en el expediente que el 4 de septiembre de 2019 Fonasa adjudicó a Farmacias Ahumada la zona central y que se desestimó la oferta de Salcobrand para todas las zonas de la licitación. En consecuencia, declaró desierta la licitación respecto de las demás zonas licitadas. De acuerdo con lo dispuesto en las Bases, el contrato celebrado entre Fonasa y Farmacias Ahumada tiene una duración de dos años y puede ser renovado una única vez hasta por un

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

período máximo de un año, siempre que ello sea estrictamente necesario o existan motivos fundados para ello.

2. Según da cuenta la parte expositiva, la Consultante sostiene que las siguientes disposiciones de las Bases generarían riesgos para la libre competencia al favorecer, a su juicio, la participación como oferentes de las tres grandes cadenas de farmacias, excluyendo la participación de farmacias independientes o populares (fs. 50): (i) la distribución de la licitación en cinco macrozonas y la evaluación del criterio de cobertura geográfica; (ii) la omisión de incluir ciertos delitos dentro de las inhabilidades que podrían tener los interesados, los que se encuentran indicados en la Ley N° 20.393; y (iii) las obligaciones derivadas de servicios complementarios exigidos por Fonasa. Asimismo, agregan otros dos elementos que no habrían sido previstos en las Bases y que podrían producir riesgos anticompetitivos al favorecer directamente a las cadenas de farmacias, a saber, las ventajas de costos que éstas tienen por sus volúmenes de compra a laboratorios y las integraciones verticales de estos últimos con las grandes cadenas de farmacias.

B. ÁMBITO DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

3. Antes de entrar al fondo de lo consultado es necesario tener presente una serie de criterios que ha establecido tanto la jurisprudencia de este Tribunal como de la Excma. Corte Suprema relativa a los actos de los órganos de la Administración del Estado.

4. En primer lugar, que la competencia de esta magistratura es amplia y general para juzgar dichos actos. Como se citó en dos recientes resoluciones dictadas en asuntos no contenciosos, las *"normas de protección de la libre competencia son de orden público y por ende aplicables a todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, en cuanto éstas concurran al mercado, de manera que es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el llamado a resolver si ha tenido lugar alguna infracción (CS, rol N° 61/2010, de 28 de enero de 2011, c. 6)"* (Resoluciones N° 58/2019 y N° 60/2019).

5. En segundo lugar, se ha dictaminado que dentro de los actos de los órganos de la Administración del Estado que son susceptibles de ser juzgados en esta sede –sea a través de un procedimiento contencioso como uno no contencioso-, están las cuestiones relativas a bases de licitación pública, toda vez que las licitaciones *"son aptas para crear mercados nuevos, eliminar o reemplazar los existentes, o*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

afectar positiva o negativamente la competencia en unos u otros, dependiendo de las características y estructura de los mercados en que inciden, así como de las condiciones o requisitos de participación que se establezcan en las respectivas licitaciones o concursos” (Sentencia N° 118/2012, c. 6°).

6. Más precisamente, también de acuerdo con reiterada jurisprudencia de este Tribunal, se ha establecido que el ámbito en que se pueden resolver consultas sobre las bases de una licitación dice relación, fundamentalmente, con el diseño de las mismas, pues existe una posibilidad objetiva de que la libre competencia pueda verse impedida, restringida o entorpecida o que se tienda a ello (Sentencia N° 138/2014, c. 13°). Como se verá, los cuestionamientos que formula la Consultante sobre ciertas disposiciones de las Bases dicen relación, precisamente, con su diseño, razón por la cual no cabe duda alguna sobre la competencia de este Tribunal para pronunciarse sobre esta materia.

7. Por último, también la jurisprudencia sobre esta materia ha señalado que el análisis de esta clase de actos debe realizarse teniendo presente los objetivos que tuvo a la vista la autoridad que los dicta. En otras palabras, de lo que se trata es de *“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, a fin de determinar si la autoridad ha cometido una infracción a la misma”* (Sentencia N° 138/2014, c. 14°). Así, en esa ponderación, se ha entendido que las bases de una licitación pública deben asegurar *“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)”* (Sentencia N° 138/2014, c. 16°). Por último, en la ya citada Sentencia N° 138/2014 se señaló expresamente en qué se traducía mantener estas mínimas condiciones de rivalidad en el caso del diseño de bases de licitación, señalando que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, o tienden a ello, aquellas disposiciones que: (i) manifiestamente faciliten la colusión de otros agentes económicos; (ii) establezcan injustificadamente condiciones para que se produzca un potencial abuso de dominancia luego de la licitación; o, (iii) limiten injustificadamente la competencia mediante las condiciones contenidas en dichas bases (c. 17°).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

8. Lo expuesto precedentemente se traduce, en este caso, en dilucidar si las exigencias contenidas en las Bases, cuestionadas por la Consultante, se encuentran justificadas en el cumplimiento de objetivos de política pública que persigue Fonasa, y si dichas exigencias permiten mantener condiciones mínimas de rivalidad en el mercado, en los términos antes indicados.

9. Una vez aclarado el ámbito de competencia de este Tribunal sobre las materias consultadas, la resolución de este asunto seguirá el siguiente orden: (i) en primer término, se describirán sucintamente las principales cláusulas de las Bases cuestionadas por la Consultante; (ii) luego, se exponen las razones de política sectorial que tuvo presente la autoridad, en este caso Fonasa, al momento de diseñar las Bases; y (iii) por último, se analizan los cuestionamientos de la Consultante sobre ciertas disposiciones de las Bases desde el punto de vista de la libre competencia, considerando los objetivos de política sectorial perseguidos por la autoridad.

C. ASPECTOS DE LAS BASES CUESTIONADOS POR LA CONSULTANTE

10. En términos generales, las Bases se refieren a tres ámbitos: a la licitación misma, a la evaluación de las ofertas y la adjudicación, y al contrato una vez adjudicada la licitación. A continuación, se revisarán los ámbitos de las Bases relacionados con los cuestionamientos de la Consultante.

C.1. Objeto de las Bases

11. Respecto al objetivo de la licitación, las Bases señalan que es la contratación de establecimientos del área farmacéutica que permitan a los beneficiarios de Fonasa disminuir el gasto de bolsillo en salud, en particular aquel destinado a la adquisición de medicamentos, definiendo para ello un vademécum de medicamentos de alto consumo a fin de ofrecerlos a un precio preferencial. Se dispone expresamente que el contrato que suscriba Fonasa y los adjudicatarios será a título gratuito, y que ello es un elemento esencial de dicho vínculo.

C.2. Participantes e incompatibilidades

12. Las Bases también regulan quienes pueden participar y las incompatibilidades, estableciéndose que podrán participar de la licitación personas naturales o jurídicas, de manera individual o mediante UTP (fs. 3). Para participar como una UTP, se debe adjuntar un documento que formalice dicha unión, el que debe contener, al menos, la responsabilidad solidaria entre las partes respecto de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

las obligaciones que deriven de la licitación, el nombramiento del representante o apoderado común y su vigencia, la que no puede ser inferior a la duración del contrato celebrado con Fonasa (fs. 10). Mientras que, entre las incompatibilidades, se encuentra la imposibilidad de adjudicar el contrato a personas jurídicas que hayan sido condenadas a la pena de prohibición temporal o perpetua de celebrar actos o contratos con los organismos del Estado por los delitos de lavado de activos, financiamiento al terrorismo y cohecho, de acuerdo a la Ley N° 20.393 (fs. 3).

13. De acuerdo con las Bases, sólo pueden participar como oferentes de esta licitación los almacenes farmacéuticos y farmacias que estén autorizados para el expendio de productos farmacéuticos.

C.3. Requisitos de las ofertas y criterios de adjudicación

14. En cuanto a las ofertas, las Bases señalan que éstas deben contener los antecedentes legales y administrativos del oferente, su propuesta de cobertura geográfica y la propuesta económica. Respecto a la propuesta de cobertura geográfica, se establece que se deberá presentar una nómina con todos los establecimientos incluidos en su propuesta y deberán ofertar, al menos, un establecimiento por cada región que forma parte de la zona licitada a la que se postula (fs. 10). Por su parte, respecto de la propuesta económica, las Bases establecen que se debe indicar un precio de lista y el precio ofertado para cada una de las especialidades farmacéuticas incluidas en la oferta. Asimismo, señalan que, si un oferente no indica en su propuesta económica el precio ofertado de alguna de las especialidades farmacéuticas, solo para la evaluación de esta se completará dicha información considerando que el precio ofertado corresponde al precio equivalente a 1,3 multiplicado por el precio más alto ofertado por los demás oferentes. Esta regla se aplica a un máximo del 10% de las especialidades médicas incluidas en la propuesta económica, por lo que, si no se indica el precio ofertado para más de un 10% de las especialidades médicas incluidas en su oferta, la postulación será declarada inadmisibile (fs. 11).

15. En cuanto a los criterios de la evaluación, las Bases señalan que la oferta económica pondera un 80%, la cobertura geográfica un 18% y el cumplimiento de requisitos formales un 2% (fs. 13). Por su parte, se señala que la propuesta que obtendrá la adjudicación en cada zona licitada, será aquella que minimice el valor total de los distintos criterios ponderados, obteniéndose un valor total para cada zona licitada, utilizándose la siguiente fórmula:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

$$V_{Total} = 0,8 * V_{económico} + 0,18 * V_{cobertura} + 0,02 * V_{formales}$$

Fuente: Bases de Licitación (fs. 13)

16. El detalle de los procedimientos para calcular los criterios contenidos en la fórmula anterior se encuentra descrito en las fojas 13 a 15.

17. Adicionalmente, las Bases establecen reglas de desempate en caso que dos o más ofertas logren idéntico puntaje, definiendo que la licitación será adjudicada al oferente que haya obtenido el mejor puntaje en la oferta económica y que, en caso de persistir el empate, se adjudicará la licitación al oferente que haya logrado el mejor puntaje en la cobertura geográfica (fs. 15).

18. En cuanto a la forma de adjudicación, se indica que Fonasa evaluará y adjudicará la licitación por zonas licitadas. Cada una de ellas será adjudicada a un solo oferente según el resultado de la licitación. Las zonas licitadas son cinco, tal como se señaló en la parte expositiva, a saber: (i) la zona norte que corresponde a las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta y Atacama; (ii) la zona centro norte que corresponde a las regiones de Coquimbo y Valparaíso; (iii) la zona central que contempla las regiones Metropolitana y del Libertador Bernardo O'Higgins; (iv) la zona centro sur que corresponde a las regiones del Maule, de Ñuble y Biobío; y (v) la zona sur que considera a las regiones de la Araucanía, Los Ríos, Los Lagos, Aysén y de Magallanes. Los interesados podrán postular a una o al total de zonas licitadas debiendo presentar la misma oferta económica para cada una de las zonas en que participa. Ahora bien, en caso que el interesado postule a todas las zonas licitadas, cada participante podrá adjudicarse hasta un máximo de dos zonas a nivel nacional si entre ellas se encuentra la zona central; en caso contrario, podrá adjudicarse hasta tres zonas. Para la elección de las zonas, los participantes deberán señalar un orden de preferencias en su oferta económica. Además, las bases señalan que Fonasa se reserva el derecho de declarar desierta la licitación en una o más zonas licitadas cuando el valor de la oferta económica del oferente que deba ser adjudicado sea superior en un 15% o más a la mejor oferta económica presentada para esa misma zona (fs. 8).

19. Como se indicó precedentemente, las Bases señalan que la licitación se adjudicará en cada zona al oferente que obtenga el mejor puntaje por aplicación de los criterios de evaluación establecidos en las Bases. De esta forma el mejor puntaje corresponderá al V_{Total} más bajo. Sin perjuicio de lo anterior, las Bases contemplan que Fonasa se reserva la facultad de: (i) declarar inadmisibles las ofertas en caso

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que la o las ofertas presentadas no cumplan con los requisitos exigidos en ellas; (ii) declarar desierta la licitación en caso que no se presenten ofertas o las que se presenten no resulten convenientes a los intereses de la institución o no se suscribiere el contrato con el adjudicatario por cualquier razón; y (iii) dejar sin efecto la adjudicación y readjudicar la licitación en los términos regulados en las Bases (fs. 16).

C.4. Otros mecanismos de participación

20. A continuación, las Bases establecen dos mecanismos de participación para establecimientos que no obtuvieron la adjudicación.

21. El primero de ellos es mediante la adhesión de otros establecimientos a los contratos adjudicados. Se indica que durante la vigencia del contrato en cada zona, cualquier establecimiento del área farmacéutica autorizado para expender medicamentos, podrá sumarse a dichos contratos siempre y cuando: (i) no haya sido adjudicatario de un contrato con Fonasa en los términos de estas Bases y que tampoco cuente con un contrato de franquicia o de naturaleza similar con un adjudicatario de un contrato con Fonasa en cualquiera de las zonas adjudicadas; (ii) no cuente con más de diez puntos de venta en la zona respectiva y sólo podrá sumar al convenio un máximo de cinco puntos de venta en la zona y sólo un establecimiento por comuna; y (iii) cobre el mismo precio de la oferta adjudicada en cada uno de los medicamentos que se expendan debiendo contar con, al menos, una especialidad farmacéutica respecto de cada medicamento incluido en los vademécum 1 y 2 señalados en los anexos de las Bases.

22. La adhesión se formaliza mediante la suscripción de un contrato en el cual se pactan las mismas condiciones que en el contrato que se adjudica, sin perjuicio de lo cual, para el caso de empresas de menor tamaño, regidas por la Ley N° 20.416 que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño ("Ley N° 20.416") y que suscriban dichos contratos, las Bases contemplan la posibilidad de establecer una gradualidad para el cumplimiento de los servicios complementarios que, como se revisará más adelante, corresponden a una obligación del adjudicatario (fs. 8).

23. El segundo mecanismo es la celebración de convenios con otros establecimientos en comunas donde el adjudicatario no cuente con establecimientos autorizados. De esta forma, durante la vigencia del contrato adjudicado en cada zona, Fonasa podría celebrar convenios con otros establecimientos que no fueran del adjudicatario, siempre y cuando cumplieran con

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

las siguientes condiciones: (i) tener locales en comunas donde el adjudicatario no cuente con establecimientos autorizados; (ii) que se trate de establecimientos que no han sido adjudicatarios del convenio con Fonasa en cualquiera de las zonas licitadas ni cuenten con un contrato de franquicia o similar con un adjudicatario del contrato con Fonasa; (iii) no cuenten con más de diez puntos de venta en la zona respectiva o con un contrato de franquicia o de naturaleza similar con una entidad que cuente con más de diez puntos de venta en la zona respectiva; (iv) sólo incluya al convenio un local en cada comuna; y (v) cobre el mismo precio de la oferta adjudicada en cada uno de los medicamentos que se expendan, debiendo contar con, al menos, una especialidad farmacéutica respecto de cada medicamento incluido en los vademécum 1 y 2 señalados en los anexos de las Bases. Estos convenios se formalizan de igual forma que la adhesión a los contratos, incluyendo el beneficio de la gradualidad en la implementación de los servicios complementarios (fs. 9).

C.5. Servicios complementarios

24. Las Bases técnicas contemplan, también, la regulación de los servicios complementarios, que corresponden a obligaciones del adjudicatario, así también respecto de las personas que firmen contratos de adhesión o convenios por comunas en donde el adjudicatario no cuente con establecimientos (véase los párrafos 20 y siguientes de la parte considerativa). Estos servicios complementarios corresponden a: (i) el registro de los reportes y rastreos de las ventas realizadas a los beneficiarios de Fonasa, además del registro y validación de la receta médica. Para ello, el oferente deberá disponer de cartolas de consumo individual con detalle de compras, indicando fecha, farmacia, producto y precio, entre otros antecedentes. Dichas cartolas deberán actualizarse diariamente y estar disponibles de forma segura a través del sitio web del oferente; y (ii) el adjudicatario deberá proporcionar información del total de transacciones de los asegurados Fonasa, ya sea de medicamentos que forman parte de la licitación o de otros productos no contemplados en ella según el formato indicado en las Bases (fs. 29). Asimismo, deberán entregar, a requerimiento de Fonasa, estadísticas respecto de algunos ítems como especialidad del médico, diagnóstico, medicamento prescrito, etc.; y (iii) el oferente o adjudicatario debe contar con sistemas computacionales que permitan el registro de las ventas y una correcta identificación del beneficiario Fonasa que contemple las modalidades mínimas que regulan las Bases (fs. 29). Además, como se ha señalado precedentemente, las Bases otorgan como beneficio la gradualidad

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en la implementación de los servicios complementarios para las empresas de menor tamaño regidas por la Ley N° 20.416 (fs. 9).

D. OBJETIVOS SECTORIALES DE LA LICITACIÓN

25. En forma previa a analizar en concreto cada uno de los riesgos descritos por la Consultante, para evaluar la licitud de las disposiciones de las Bases cuestionadas, así como sus eventuales omisiones, necesariamente, se deben tener presente los objetivos de política pública que tuvo a la vista el ente público, en este caso Fonasa, al momento de diseñarlas.

26. Como se indicó en el párrafo 11 de esta parte considerativa, en las Bases se indica que el objetivo de la licitación es la contratación de establecimientos del área farmacéutica que permitan a los beneficiarios de Fonasa disminuir el gasto de bolsillo en salud destinado a la adquisición de medicamentos, definiendo un vademécum de medicamentos de alto consumo para proporcionar un precio preferencial a los beneficiarios de Fonasa. Además, se indica que un elemento esencial del contrato que finalmente se celebre entre Fonasa y los adjudicatarios es la gratuidad.

27. Lo anterior es reiterado por Fonasa, la que señala que los objetivos de política pública perseguidos mediante la Resolución Exenta 3G N° 51 que aprobó las Bases objeto de esta Consulta, son la reducción del gasto de bolsillo en salud por parte de la población beneficiaria de dicha institución. Más detalladamente, sostiene que mediante las presentes bases se *“diseñó una licitación pública que tiene como objetivo brindarle acceso a mejores precios en medicamentos a sus afiliados, los que muchas veces son de menores ingresos y que, actualmente, suelen pagar más por sus medicamentos que quienes pertenecen a seguros privados de salud, gasto que además corresponde a un mayor porcentaje de sus ingresos mensuales”* (fs. 124). De acuerdo con los antecedentes aportados por la FNE, como se indicó en la parte expositiva, del total de afiliados a Fonasa, aproximadamente 11 millones podrían atenderse bajo la modalidad de libre elección. Ello implica que dichos afiliados deben adquirir los medicamentos en farmacias del canal *retail* por cuanto Fonasa no realiza un copago en estos casos (fs. 159).

28. Adicionalmente, la cobertura geográfica constituye otro objetivo de política pública de manera que Fonasa pueda asegurar la disponibilidad de medicamentos para sus afiliados en las distintas comunas del país. En este sentido, Fonasa señala

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que *“el objetivo de política pública sólo puede ser cumplido si, además, de lograr rebajas sustanciales, tal beneficio le llega a la mayor proporción de población posible. Por eso, la cobertura geográfica de las ofertas es un valor esencial en la propuesta hacia los afiliados de Fonasa, dado que se requiere que puedan acceder al convenio todos los habitantes del país que sean beneficiarios, sin importar el lugar del país en que residan”* (fs. 124 vuelta y 125).

E. CUESTIONAMIENTOS A LAS BASES DE LA CONSULTANTE Y OBJETIVOS SECTORIALES PERSEGUIDOS

29. En cuanto al primer aspecto de las Bases cuestionado por la Consultante, esto es, la cobertura geográfica y la división geográfica de la licitación en macrozonas, la AFICH señala que la división del país en cinco macrozonas, comprendidas por más de una región y, en consecuencia, por varias comunas (en algunos casos más de 50 comunas), *“se traduce en una verdadera barrera de entrada que imposibilita a farmacias independientes poder participar como oferentes”* (fs. 51). Añade que la posibilidad de participar formando una UTP, de modo de salvar esta barrera, no tendría una aplicación práctica, pues implicaría coordinar farmacias ubicadas en diversas comunas. A modo de ejemplo, mencionan el caso de la macrozona central que comprendería 85 comunas en total, lo que, en un caso extremo, implicaría la unión de 85 farmacias independientes. Esta dificultad se vería acrecentada si la UTP quisiera postular a las cinco macrozonas del país, pues en dicho caso habría 346 comunas, no siendo factible coordinar tal número de farmacias.

30. A este respecto, Fonasa indicó que, atendido el porcentaje de los ponderadores de las variables de licitación –oferta económica 80%, cobertura geográfica 18% y administrativo 2%–, resulta claro que el aspecto económico es el más relevante para la autoridad al adjudicar esta licitación. Además, señala que el objetivo de política pública indicado en el párrafo 11 sólo puede ser cumplido si los beneficios alcanzados en la licitación se encuentran disponibles para la mayor proporción de población posible (fs. 125). Agrega que la división de la licitación en macrozonas se encuentra justificada, pues tal distribución coincide con la organización estructural de Fonasa, que se divide en las mismas cinco macrozonas establecidas en las Bases, lo que facilitaría la fiscalización y ejecución de los actos y contratos celebrados (fs. 125 vuelta).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

31. La FNE sostuvo que las farmacias independientes por sí mismas no podrían haber presentado una oferta efectivamente competitiva respecto de la cobertura geográfica. Con todo, si bien 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”* (fs. 183). Concluye señalando que *“estas condiciones [de cobertura geográfica] estarían justificadas considerando los objetivos de la Licitación, esto es, la necesidad de obtener una mayor cobertura geográfica para los beneficiarios de Fonasa”* (fs. 202). Asimismo, señala que al menos cuatro oferentes podían presentar ofertas de cobertura geográfica competitivas en la licitación –Cruz Verde, Dr. Simi, Farmacias Ahumada y Salcobrand– (fs. 142).

32. Como se indicó en los párrafos 25 y siguientes de la parte considerativa, el análisis debe ponderar el interés de política pública sectorial de alcanzar el menor precio en medicamentos posible y beneficiando al mayor número de afiliados de Fonasa, con las restricciones a la competencia que puedan producir las disposiciones de las Bases sobre dichos puntos. En términos generales, la necesidad de otorgar acceso y una adecuada disponibilidad de medicamentos a los beneficiarios de Fonasa ubicados en las distintas comunas del país es una explicación razonable a las exigencias establecidas en las Bases relativas a división geográfica.

33. En relación con la omisión de citar ciertos delitos dentro de las inhabilidades que podrían tener oferentes que hayan sido condenados por los mismos, la Consultante señala que las Bases contemplan la prohibición de participar para aquellas personas jurídicas que hayan sido condenadas a la pena de prohibición temporal o perpetua para celebrar actos y contratos con el Estado por los delitos de lavado de activos, financiamiento al terrorismo y cohecho, conforme a lo dispuesto en la Ley N° 20.393. Sin embargo, afirma que dicha enumeración omite modificaciones posteriores a la ley antes indicada, que incorporaron también los delitos de negociación incompatible, corrupción entre privados, apropiación indebida y la administración desleal, los que son sancionados con la misma pena (fs. 52). Al respecto, Fonasa afirma que la enunciación de dichos delitos en las Bases no es taxativa y que lo relevante de la incompatibilidad planteada es justamente, la sanción, esto es, si la persona jurídica tiene o no la prohibición de celebrar actos y contratos con el Estado, siendo ineludible que las modificaciones legales sucesivas a la citada ley que incorporen delitos que tengan dicha sanción

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tengan efecto de pleno derecho (fs. 125 y 125 vuelta). Por su parte, la FNE, no se refiere a este punto.

34. Sin perjuicio de que no es claro que el listado sea meramente enunciativo, lo relevante es que la prohibición para contratar con el Estado como sanción a quien incurre en ciertos delitos contemplados en la Ley N° 20.393 está establecida en la misma ley independientemente que se regule o no en las Bases.

35. Con respecto a las obligaciones derivadas de servicios complementarios descritos en el párrafo 24 de la parte considerativa, la Consultante señaló que *“una Farmacia Independiente, de barrio, no cuenta con los medios económicos para cumplir con todos estos servicios complementarios y en el caso hipotético de participar en una UTP, coordinar estos sistemas informáticos entre 50 o más proveedores sería fácticamente irrealizable”* (fs. 53 y 54), siendo tales servicios, a su juicio, una barrera de entrada artificial para las farmacias que no son parte de una cadena.

36. En esta materia, Fonasa señaló que los servicios complementarios serían esenciales para la ejecución de un convenio de este tipo, pues permiten la validación de la identidad del beneficiario, evitando el mal uso del beneficio y la degradación del valor del convenio. Junto a ello, agrega que los sistemas integrados entregan información relevante para que Fonasa pueda llevar a cabo su rol como asegurador público, sirviendo como insumo para el correcto diseño de otras políticas públicas que les corresponde diseñar e implementar (fs. 126), justificando, en consecuencia, la necesidad de contar con dichos servicios complementarios.

37. Si bien es posible que la exigencia de ofrecer estos servicios complementarios pueda restringir la participación de farmacias independientes en la licitación, tales requisitos resultan razonables para atender las necesidades que Fonasa estimó eran esenciales para brindar adecuadamente los servicios licitados, así como el objetivo de obtener información útil para el diseño de otras políticas públicas. En efecto, al tratarse de un beneficio asociado a personas particulares es razonable la exigencia de contar con un registro que permita validar la identidad de la persona que lo utiliza, así como los medicamentos que se adquieren para que Fonasa verifique el cumplimiento de los descuentos ofrecidos por el adjudicatario. Respecto a la exigencia que dicho sistema registre todas las compras del beneficiario, incluyendo otros productos no contemplados en esta licitación, si bien este Tribunal considera que se trataría de una exigencia innecesaria para los objetivos de política pública ya revisados, ésta no se erige como una barrera a la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

entrada, pues dicho registro, tecnológicamente, constituye un servicio marginal a los registros que tienen relación directa con los objetivos de la licitación. Adicionalmente, las Bases contemplan una gradualidad para el cumplimiento de los servicios complementarios para empresas de menor tamaño, según lo ya descrito en el párrafo 24 de la parte considerativa.

38. En consecuencia, en atención a los antecedentes acompañados al proceso, la exigencia de ofrecer los servicios complementarios no puede ser calificada como contraria a la libre competencia en el presente caso.

39. Como se indicó en el párrafo 6.4 de la parte expositiva, la AFICH también sostuvo que las Bases no habrían considerado dos factores de alto riesgo para la protección de la libre competencia. El primero de ellos se refiere a las ventajas de costos que tienen las grandes cadenas de farmacias derivados de sus volúmenes de compra a los laboratorios farmacéuticos, en tanto que el segundo alude a las integraciones verticales de éstos con las grandes cadenas de farmacias. A su juicio, ambos elementos incidirían en las diferencias de los costos de aprovisionamiento que enfrentarían las farmacias independientes, por un lado, y las cadenas de farmacias por el otro.

40. Al respecto, Fonasa sostiene que la licitación no puede corregir falencias de la industria y que es un argumento que no dice relación con el diseño de las Bases (fs. 126 vuelta).

41. La FNE, por su parte, reconoce en su aporte de antecedentes que las farmacias independientes tendrían costos de aprovisionamiento más altos que las cadenas (fs. 177), sosteniendo que *“la mayoría de las farmacias independientes no alcanzan por sí mismas volúmenes suficientes para acceder a descuentos por este ítem”*, agregando que *“en general ellas no realizan compras directas a laboratorios, sino que se abastecen a través de droguerías”* (fs. 176 y 177). En cuanto a la integración vertical de los laboratorios farmacéuticos con las cadenas de farmacias, indicó que Cruz Verde realiza algunas de sus compras de fármacos a su droguería relacionada Socofar, comprando el resto a otras droguerías, mientras que Ahumada y Salcobrand tienen un sistema de distribución cerrado y negocian directamente con laboratorios y algunas droguerías.

42. Este Tribunal coincide con lo concluido por Fonasa (fs. 126 vuelta) y la FNE (fs. 203), en cuanto a que las diferencias en los costos de aprovisionamiento que tendrían las farmacias responde a elementos estructurales del mercado, los que no

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

corresponden que sean modificados mediante la presente licitación, sino más bien mediante una recomendación normativa u otro instrumento regulatorio que permita normar el funcionamiento general del mercado, en caso de que ello fuese necesario para incrementar y fomentar las condiciones de competencia en el mismo. En todo caso, la FNE realizó el Estudio de Mercado sobre Medicamentos (EM03-2018), en el que se formulan una serie de recomendaciones en relación con su comercialización y distribución, el mercado público y el funcionamiento de los comités de farmacias.

43. Por último, este Tribunal no comparte la alegación planteada por la Consultante en cuanto a que la preponderancia que las Bases asignan al precio ofrecido (80%) afectaría a la libre competencia porque favorecería a las grandes cadenas, toda vez que ello busca obtener mayores descuentos para los usuarios de Fonasa, que es el principal objetivo de política pública de esta licitación, sin que se afecte la mínima rivalidad que debe exigirse a la autoridad al momento de diseñar bases de licitación. Por lo demás, se debe tener presente que el objetivo que persigue el derecho de la libre competencia es proteger el proceso competitivo y no a los competidores existentes en un mercado (Sentencia N° 138/2014, c. 19°).

44. Por tanto, de todo lo analizado es posible concluir que no existen antecedentes en autos que permitan sostener que las Bases no se ajustan al D.L. N° 211.

45. Por último, cabe señalar que la FNE da cuenta, tanto en su aporte de antecedentes como en la presentación de fojas 227, de la existencia de una licitación complementaria a la que es objeto de esta Consulta, en la que se volvieron a licitar las zonas que fueron declaradas desiertas en la primera licitación. Al respecto, este Tribunal no se pronunciará sobre ella, pues, como se ha indicado, no es parte del objeto de este procedimiento el que quedó fijado en la resolución que dio inicio a este mismo (fs. 57) y tampoco existen presentaciones en estos autos que hayan solicitado ampliar o modificar el objeto de la Consulta.

III. PARTE RESOLUTIVA

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SE RESUELVE: Declarar que las bases administrativas y técnicas para el otorgamiento de precios preferentes en medicamentos y otros productos a los beneficiarios del Fondo Nacional de Salud, y sus anexos, contenidos en la Resolución Exenta 3G N° 51, de 7 de junio de 2019, se ajustan al D.L. N° 211.

Notifíquese personalmente o por cédula a la Consultante y a los aportantes de antecedentes. De conformidad con el acuerdo del Tribunal adoptado con ocasión de la publicación de la Ley N° 21.226 y del estado de catástrofe, de 2 de abril de este año, la notificación personal de la presente resolución podrá realizarse por videoconferencia u otros medios electrónicos, a través de la Secretaria Abogada.

Archívese en su oportunidad.

Rol NC N°458-19

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