Santiago, veintiuno de diciembre de dos mil diecisiete.

Vistos:

En estos antecedentes Rol N° 11.779-2017, se trajeron los autos en relación para conocer de la reclamación presentada por la Asociación Industrial de Laboratorios Farmacéuticos Chilenos A.G. (en adelante "Asilfa"), en contra de la sentencia de seis de marzo de dos mil diecisiete, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que resuelve la inexistencia de antecedentes que permitan concluir que la Resolución N°272/2014, dictada por la Central Nacional de Abastecimiento (en adelante "Cenabast") el 29 de julio de 2014, que contiene las Bases Administrativas Tipo que Rigen los Procesos de Licitación Pública de Compra de Medicamentos, Dispositivos e Insumos Médicos y Alimentos bajo la Modalidad de Distribución Directa, Destinados al Apoyo del Ejercicio de Acciones de Salud (en adelante "Resolución N°272" o "las bases tipo"), sean contrarias al Decreto Ley N°211.

Estos autos se iniciaron por la consulta presentada por Asilfa respecto de la Resolución N°272/2014 ya singularizada, solicitando que se adopten medidas a fin de prevenir los riesgos que el acto consultado pudiese ocasionar en el mercado relevante, proponiendo al efecto las siguientes:

BVKJDNXKTN

1. Establecer en las bases tipo requisitos mínimos de cumplimiento de compromisos previos para que las instituciones puedan agregar su demanda y participar en los procesos de licitación de compra gestionados por Cenabast y puedan emitir órdenes de compra en este contexto. Se sugiere la suspensión de instituciones que exhiban una morosidad de más de 120 días desde la entrega de las facturas y que no hayan celebrado convenio de pago con el proveedor.

2. La fijación de un plazo de pago a proveedores de 45 días, una notificación de su morosidad a la institución respectiva y a Cenabast al vencer este lapso y, finalmente, conceder 15 días adicionales para resolver la situación de la deuda impaga.

3. Establecer un derecho autónomo de los proveedores adjudicados para suspender los envíos de medicamentos a instituciones cuya morosidad alcance cierto nivel objetivo de magnitud, con notificación previa a la institución y a Cenabast.

4. La incorporación de estipulaciones relativas a multas, sanciones e intereses aplicables a las instituciones, a fin de incentivar el pago a proveedores.

5. El establecimiento de un estatuto de derechos y obligaciones equilibrado entre proveedores e instituciones, con una instancia neutral de resolución de conflictos.

BVKJDNXKTN

6. Que las bases de licitación tipo constituyan la regulación general del mercado relevante, que contenga unos términos y condiciones de compra únicos y razonables para las relaciones entre proveedores e instituciones.

Se señala en el libelo que hasta el año 2010, Cenabast compraba para sí los medicamentos y luego los revendía a las instituciones, acumulando una elevada cuenta por cobrar de las instituciones, la misma que Cenabast mantuvo con los proveedores.

Luego, por efecto de la dictación de la Resolución Exenta N°164, de 11 de julio del año 2011, el órgano dejó de ser comprador y revendedor, pasando a tener el rol de comisionista, esto es, comprar en representación de las instituciones y recibir una comisión. En consecuencia, luego de esta decisión es la institución de salud respectiva quien se convierte en deudora directa del proveedor.

Por su parte, el acto consultado se emite en cumplimiento de la función que a Cenabast le confiere su estatuto legal, consistente en proveer de fármacos a las instituciones de salud pública. Para lograr este cometido, agrega la demanda de las instituciones que le confieren mandato para tal efecto y luego gestionar y adjudicar una gran cantidad de licitaciones de compra de medicamentos. La Resolución N°272, en este contexto, regula este universo

BVKJDNXKTN

transaccional de compras públicas concentradas, estableciendo las bases de licitación tipo que rigen estos procesos.

Sobre el mercado relevante, estima que consiste en la distribución mayorista o aprovisionamiento de medicamentos por laboratorios farmacéuticos o importadores, a entidades públicas de salud, cuya demanda es agregada y satisfecha mediante la realización de licitaciones de compra pública de reglamentadas por la Resolución N°272. Explica que la compra concentrada de fármacos no es sustituible por alternativas no concentradas, debido al significativo volumen que se transa en una sola decisión, razón por la cual, expone, corresponde considerar a este tipo de convenciones como un mercado autónomo, en tanto es concentrado y no sustituible.

Establecido lo anterior, centra sus reproches en varias circunstancias:

a) Las bases permiten la agregación de la demanda de medicamentos de instituciones histórica y conocidamente morosas, derivando en una especie de fondo incobrable para la vendedora, puesto que no existe cláusula alguna que limite esta agregación y proteja a los proveedores de este riesgo. Detalla que al 31 de diciembre del año 2012 hay una deuda vencida de $13.542.071.373 pesos, cuya data más antigua se remonta a 1997 y que se halla concentrada en 13

BVKJDNXKTN

establecimientos. Contra esta contingencia financiera, los proveedores no gozan de ninguna posibilidad de defensa.

b) No se confiere a los proveedores adjudicados derechos autónomos que contractualmente les autoricen a evitar el riesgo financiero derivado de la mora. Con los extensos periodos impagos que se registran, la consultante acusa el riesgo de que finalmente serán los proveedores quienes financien en parte el suministro de medicamentos, puesto que no se observan cláusulas que permitan cobrar un interés moratorio que desincentive el no pago, como tampoco la aplicación de multas por incumplimientos u otros aplicables a las instituciones; la ejecución de garantías de fiel cumplimiento o la entrega de un derecho autónomo para suspender el envío de medicamentos a los recintos morosos.

c) Las bases obligan a proveedores que no han recibido pagos por largo tiempo, a continuar enviando medicamentos a instituciones incumplidoras, bajo apercibimiento de sanción si suspenden el despacho. Conforme a la Resolución N°272, no antes de 90 días la Central puede autorizar la suspensión de envíos, pero ésta es una autorización discrecional, que puede ser denegada sin expresión de causa y en efecto, durante los años 2013 y 2014, la autoridad no entregó ninguna. A lo anterior se añade que, para pedirla, existen requisitos copulativos que incluyen el transcurso

BVKJDNXKTN

de a lo menos 45 días de vencido el plazo para el pago. A ello se agrega la consideración al producto y la vigencia de la licitación en particular, circunstancias que pueden llevar a las instituciones a mantener la deuda hasta el término del proceso licitatorio, para así empezar posteriormente uno nuevo, donde podrán acumular otra adicional.

d) Las bases aplazan el pago a los proveedores, estableciendo un término de 90 días para el pago de los medicamentos, que se aumenta a 105 días en el caso de los hospitales autogestionados, a partir de cuyo vencimiento se puede solicitar la autorización de suspensión de los envíos, si la mora persiste.

Debe tomarse en cuenta, además, que Cenabast dispone de 15 días hábiles para pronunciarse sobre la respectiva petición, generando un incentivo para que las instituciones paguen en el último minuto, esto es, al cabo de 111 ó 126 días, respectivamente. La magnitud de este aplazamiento de los pagos alcanza entre un cuarto y un tercio del periodo habitual de duración de una licitación – 12 meses – de modo que la suspensión al final de este periodo será inefectiva, puesto que se resolverá cuando la vigencia del contrato haya terminado y no exista licitación donde materializarla. Ello deriva en un riesgo de cautividad de los proveedores, quienes deberán seguir remitiendo medicamentos a

BVKJDNXKTN

instituciones conocidamente morosas, sin posibilidad autónoma de defenderse.

e) Las bases contienen un sistema de derechos, obligaciones, sanciones y garantías únicamente en favor de la compradora. En efecto, se establece un catálogo de nueve multas que sólo aplican para el proveedor y ninguna a las instituciones; los adjudicatarios, a su vez, sólo gozan de tres derechos y múltiples obligaciones, entre ellas la garantía de fiel cumplimiento del contrato, que no se exige a las instituciones y, finalmente, el procedimiento de sanciones está a cargo de Cenabast, quien actúa como juez y parte.

Expone que todas las circunstancias anteriormente expuestas configuran riesgos para la libre competencia, en tanto no se dan incentivos para que las instituciones cumplan con sus compromisos. De esta forma, se promueve un funcionamiento imperfecto del mercado, aumentando la incertidumbre del negocio ejercido por el proveedor; a largo plazo, lo anterior podría significar la salida de actores del mercado o dificultar la entrada de nuevos competidores, limitando así la libre competencia.

A fojas 526 se hace parte la Cámara de Innovación Farmacéutica de Chile, exponiendo una serie de reproches a la Resolución N°272, relativos al proceso de formulación y evaluación de las ofertas. Refiere la existencia de

BVKJDNXKTN

condiciones y requisitos anticompetitivos en la formulación de ofertas técnicas respecto al cumplimiento de las buenas prácticas de manufactura; que la exigencia de la acreditación del cumplimiento de las normas de buenas prácticas es voluntaria para los oferentes nacionales y, por otro lado, se admite sólo de ciertas agencias; la ausencia de condiciones y requisitos para la certificación de medicamentos bioterapéuticos; criterios de evaluación de las ofertas y asignación de puntaje que no incentivan las compras públicas eficientes; falta de promoción de la oferta de medicamentos bioequivalentes por parte de la Cenabast y de coherencia entre las normas que obligan a medicamentos a demostrar bioequivalencia y las bases de licitación; ausencia de un derecho al aseguramiento de la gestión; catálogo de multas desproporcionado y sólo aplicable a los proveedores, entre otros.

A fojas 547 aporta antecedentes la Superintendencia de Salud. Explica que a partir del año 2005, con la vigencia de la Ley N°19.966, los beneficiarios del sistema público y privado tienen derecho a las prestaciones que otorga el Régimen de Garantías Explícitas en Salud, de las cuales forma parte integral la entrega de medicamentos y otros insumos médicos.

Por su parte, la reciente promulgación de la Ley N°20.580 implica el establecimiento de un sistema nacional

BVKJDNXKTN

de protección dentro del Régimen General de Garantías en Salud, además del reconocimiento de atribuciones específicas tanto en la fiscalización como para el funcionamiento del sistema, velando por la debida coordinación entre las instituciones que conforman el sector salud.

Adicionalmente, existen casos en que, si bien la Superintendencia no posee atribuciones de fiscalización explícitas, la disponibilidad de medicamentos y otros insumos médicos es indispensable para el sistema de salud en su conjunto, principalmente en su provisión para el debido cumplimiento de las acciones de salud que deben realizar los prestadores y que no se encuentran sujetas a un sistema de garantías explícitas.

Con lo anterior, al tratarse de una parte fundamental del sistema de prestaciones de salud, cualquier medida que implique la suspensión en la entrega de medicamentos significa un riesgo para los beneficiarios y un efecto negativo en las garantías explícitas, en lo relativo a acceso, cobertura financiera y oportunidad. Por otro lado, la provisión de estos productos corresponde a la ejecución de contratos que trasciende las relaciones privadas y se enmarca en la satisfacción de necesidades públicas, considerando, además, que el Estado responde por falta de servicio en materia sanitaria y ello podría derivarse de la

BVKJDNXKTN

falta de este tipo de prestaciones, en los casos en que se está obligado a ello.

A fojas 742 aporta antecedentes la Fiscalía Nacional Económica, explicando que la Central es la institución pública encargada de las compras de medicamentos para la ejecución de las prestaciones de salud.

Hace presente que en la modalidad que operaba hasta el año 2011 se advirtieron deficiencias, especialmente la deuda acumulada y problemas de almacenaje y logística. Es esa la razón por la cual se cambió el sistema, dictándose la Resolución N°164 de 15 de julio de 2011, que estableció las bases de licitación tipo para el nuevo funcionamiento, decisión que ha sido modificada en varias oportunidades, una de las cuales constituye el acto consultado.

En cuanto al mercado relevante, hace presente que éste dependerá de cada producto en específico, puesto que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ya ha resuelto una distinción entre los medicamentos éticos o de prescripción – esto es, aquellos que requieren receta, donde el mercado está determinado por el principio activo – y los de venta directa, sin prescripción médica, donde la relevancia radica en su finalidad terapéutica. Con lo anterior, difícilmente se puede hacer un análisis de las bases en abstracto y ex ante, puesto que se trata de un examen en el cual influyen las características del bien,

BVKJDNXKTN

cantidad de oferentes, patentes, poder de mercado y otros factores.

Sobre la deuda de las instituciones de salud, asevera que es una circunstancia que no dice relación con el funcionamiento del sistema bajo el nuevo modelo, puesto que esta situación se verificaba también antes del año 2011. Igualmente, expone que solicitó antecedentes sobre el punto a los laboratorios, obteniendo como resultado que la morosidad superior a 60 días es de más del 50% de la cartera, pero que ésta corresponde sólo al 2% de las ventas en el canal institucional, de manera que es difícil sostener que pueda tener efectos anticompetitivos por la vía de poner en riesgo la viabilidad de las empresas. Además, los prestadores de salud indicaron que no hacen diferencias entre las cuentas por pagar de proveedores adjudicados vía Cenabast, en comparación con otros derivados de licitaciones propias, de modo que no hay una discriminación en los plazos de pago a los proveedores, en tanto las facturas son pagadas por orden de antigüedad. Finalmente, la información aportada por los laboratorios da cuenta de que sus deudas vencidas son alrededor del 2,5% de sus ventas totales, por tanto, aun cuando se afectara la viabilidad financiera de algún laboratorio, ello no significa que la Resolución N°272 esté generando un efecto anticompetitivo.

BVKJDNXKTN

En cuanto al pago de mercaderías, se trata de una obligación contractual, disponiendo el vendedor de acciones para exigir su cobro, además de su derecho a solicitar la suspensión de las entregas futuras de un producto que, contrario a aquello que asevera la consultante, sí han sido concedidas.

En consecuencia, estima que el acto consultado no merece reproche desde el punto de vista de eventuales efectos anticompetitivos que podría generar respecto de los proveedores adjudicados. En este contexto, reconoce que debieran hacerse ajustes al modelo de financiamiento del sistema de salud en su totalidad, sin que ello signifique otorgar más herramientas de presión a los proveedores adjudicados para requerir el pago oportuno.

A fojas 709 comparece Cenabast, explicando que, en cumplimiento de sus funciones, le corresponde el inicio de un procedimiento de programación de compra para todos aquellos establecimientos que lo requieran y que formen parte del Sistema Nacional de Servicios de Salud que, luego de consolidar la demanda, llama a licitaciones en calidad de mandatario de los compradores. De lo anterior se desprende que Cenabast tiene, por una parte, una relación jurídica con el proveedor, establecida en las bases y evidenciada en un contrato y, por otro, con el

BVKJDNXKTN

establecimiento respectivo, que se manifiesta en un mandato de compra.

Agrega que el cambio del modelo de negocios busca asegurar el abastecimiento de dispositivos médicos, insumos y alimentos; ser el más eficiente intermediador para la red de salud y desarrollar ventajas competitivas a través del modelo de demanda agregada, a fin de alcanzar niveles de ahorro significativos para la red asistencial de salud. Este modelo no le faculta para controlar los estados financieros de las entidades de esta red.

Las bases de licitación fueron aprobadas el año 2011, por Resolución N°164/2011 y fueron corregidas y aclaradas por sucesivas resoluciones, tomadas de razón por la Contraloría General de la República. Asevera que en la versión original no existía ninguna cláusula que permitiera suspender las entregas de los productos por no pago, ella se incluyó con posterioridad, implementándose un sistema informático donde los proveedores debían ingresar información pero, ante la falta de colaboración, no fue posible aportar en el cobro de las facturas.

Añade que la relación entre Cenabast y los establecimientos de salud es a través de un mandato especial de compra, para la captura de la demanda previa al inicio de licitaciones, obligándose la Central con su mandante y no con el proveedor. Por tanto, las bases de

BVKJDNXKTN

licitación no son el documento que contiene la regulación de la relación jurídica de los establecimientos con los proveedores.

Menciona la existencia de un estudio de la Fiscalía Nacional Económica que indica que el hecho de que las licitaciones sean gestionadas por una institución central ayuda a sortear barreras anticompetitivas. Además, se analizaron las licitaciones de Cenabast, concluyendo que no hay condiciones o criterios discriminatorios.

En cuanto a la suspensión de entrega a clientes morosos, expone que a diciembre 2015 ha dictado más de 1000 resoluciones favorables por el no pago de facturas, sin que sea posible otorgar a los proveedores un derecho autónomo para la suspensión de entrega a clientes morosos, puesto que ello sería contrario a la naturaleza del órgano público. Tampoco resulta efectivo que se trate de un acto discrecional, puesto que los instructivos la regulan con condiciones objetivas, aplicable sólo para entregas futuras y no para aquellas en proceso, por las consecuencias que ello puede ocasionar para la salud de la población afectada.

Respecto de los plazos otorgados para el pago, ellos corresponden a los que entrega el marco legal pertinente, citando al efecto artículo 9 letra c) del Decreto Supremo N°38/2005 que contiene el Reglamento Orgánico de los

BVKJDNXKTN

Establecimientos de Salud, que señala para el pago de las obligaciones un plazo no superior a 60 días para los establecimientos autogestionados y, por su parte, la Ley de Presupuesto en su subtítulo 22 glosa 02 concede el plazo de 45 días para el Servicio de Salud.

Finalmente, hace presente que Asilfa ya había presentado una reclamación bajo el Rol N°410/2012, impugnando las bases de licitación contenidas en la Resolución N°156/2012, antecesora de las bases a que se refiere la Resolución N°272/2014, que fue declarada inadmisible. Estima Cenabast que se trata de un asunto contencioso, puesto que se está acusando a un tercero de haber ejecutado un acto que entorpece la libre competencia en los términos artículo 3° del Decreto Ley N°211 y se pide la modificación de ese acto.

A fojas 810 se hace parte el laboratorio Pharma Investi de Chile S.A., señalando que se trata de una institución que participa en las licitaciones de la Cenabast y, por tanto, se ve afectada por la resolución consultada.

Expone que comparte aquello denunciado por Asilfa, pero estima que hay una serie de barreras adicionales que impiden la libre competencia. En efecto, las bases tipo exigen que se acompañe una serie de certificados de buenas prácticas de manufactura, emanados de agencias sanitarias

BVKJDNXKTN

extranjeras que se designan de manera taxativa, eliminando así la posibilidad de que productos que cuentan con registro sanitario del Instituto de Salud Pública, pero son de otra procedencia, puedan ser comercializados en Chile. Los productos de Pharma Investi son fabricados en Uruguay, de modo que no podrán participar en forma competitiva en los procesos de la Cenabast puesto que no cuentan con el certificado exigido, a pesar de tener registro sanitario.

La circunstancia expuesta, en su concepto, impide la entrada de competidores internacionales que, cumpliendo con las normas legales internas, cuentan con autorización del Instituto de Salud Pública para la venta de medicamentos e insumos médicos, razón por la cual solicita que este criterio sea revisado a efectos de ordenar que sólo se requiera contar con registro sanitario para participar en igualdad de condiciones dentro del marco de los procesos de aprovisionamiento público.

A fojas 833 comparece el Instituto de Salud Pública, informando que no cuenta con competencia para pronunciarse en relación al requerimiento, puesto que éste no dice relación con aquellos aspectos sanitarios que contemplan sus facultades.

Mediante sentencia de fojas 1931 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia declaró la inexistencia de antecedentes que permitan concluir que el asunto consultado

BVKJDNXKTN

por Asilfa, relativo a la Resolución N°272/2014 dictada por la Cenabast, que contiene las Bases Administrativas Tipo que rigen los Procesos de Licitación Pública de Compra de Medicamentos, Dispositivos e Insumos Médicos y Alimentos bajo la Modalidad de Distribución Directa Destinados al Apoyo del Ejercicio de Acciones de Salud, sea contraria al Decreto Ley N°211.

Tiene presente para ello que, en parecer de los sentenciadores, las bases no permiten identificar el mercado relevante del producto licitado, elemento esencial para el análisis de competencia. Agrega que, en cualquier evento, el bajo porcentaje de participación de Cenabast como compradora en la industria farmacéutica permite descartar que sus bases tipo afecten la libre competencia, sin perjuicio de los problemas que se puedan suscitar respecto de la licitación de un medicamento o insumo específico.

Se añade que, en este caso, la afectación de la libre competencia por el licitante (o comprador) exige alegar y demostrar que éste tiene poder de compra, esto es, la capacidad de afectar no sólo a unos oferentes en particular sino que la oferta en general. En consecuencia, no bastaría con acreditar que las bases de licitación que se analizan contienen elementos arbitrarios o discriminatorios para concluir que afectan la libre competencia, puesto que, como

BVKJDNXKTN

afirma, la sola afectación de la libre concurrencia de los oferentes en un proceso licitatorio no perturba necesariamente la libre competencia en el mercado.

De esta manera, para que un comprador (o licitante) pueda afectar la libre competencia en el mercado es necesario que: (i) cuente con poder de compra en el mercado relevante del producto, esto es, que pueda negociar precios, condiciones o volúmenes de compra distintas a las que existirían en una situación de competencia; y (ii) actúe de modo arbitrario o discriminatorio, abusando de su poder de compra, es decir, incurriendo en prácticas exclusorias de oferentes basadas en razones ajenas a la eficiencia, innovación o mejora en la calidad de los productos. Por consiguiente, el interesado deberá alegar y probar ambos elementos.

En consecuencia, resulta necesario, para estos efectos, definir qué se entiende por mercado relevante en la compra de medicamentos que regula la Resolución N°272.

Para tal efecto, se debe tener presente que, como señala la Resolución N° 272/2014, el acto consultado son bases tipo, pues el producto licitado se refiere genéricamente a "fármacos, dispositivos médicos e insumos o alimentos, bajo la modalidad de distribución directa destinados al apoyo del ejercicio de acciones de salud".

BVKJDNXKTN

La Asociación señaló en su consulta que el mercado relevante consistiría "en la distribución mayorista o aprovisionamiento de medicamentos por laboratorios farmacéuticos o importadores de medicamentos a entidades públicas de salud cuya demanda es agregada y satisfecha mediante la realización de licitaciones de compra pública de medicamento reglamentadas por la Resolución 272". Sin embargo, la enumeración genérica de productos farmacéuticos no permite determinar el mercado relevante, pues se trata de productos cuya comercialización puede constituir diferentes mercados, en razón de las características singulares de cada medicamento.

En esta dirección, la Fiscalía Nacional Económica realizó una serie de consideraciones respecto a la definición de mercado relevante en el caso de autos, exponiendo que éste dependerá en cada caso del bien específico que sea licitado por Cenabast, de acuerdo a factores tales como las características del producto licitado, la cantidad de oferentes en el mercado, la presencia de patentes de invención, el poder de mercado que puedan tener los laboratorios, entre otros, concluyendo que el potencial anticompetitivo de las bases de licitación establecidas por la Resolución N°272 difícilmente puede ser realizado en abstracto y ex ante, por cuanto no existe un mercado debidamente definido.

BVKJDNXKTN

Sin embargo, la formulación del producto licitado en términos genéricos impide determinar su mercado relevante y analizar si las Bases afectan la libre competencia. Siendo el mercado un elemento esencial de este análisis, la imposibilidad de precisarlo descarta también la posibilidad de delimitar el poder de compra del órgano licitante, segundo presupuesto necesario para acreditar una eventual afectación del interés público protegido en esta sede.

Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal procedió a examinar el porcentaje de participación de Cenabast como comprador en la industria farmacéutica, explicando que en Chile existen alrededor de 60 laboratorios con autorización para distribuir alguno de los medicamentos que forman parte de las clases terapéuticas autorizadas por el Instituto de Salud Pública, todos los cuales pueden vender sus productos a través de dos canales: el canal retail, que se caracteriza por la venta de medicamentos a través de farmacias; y el canal institucional, compuesto por todos los prestadores de salud, públicos y privados. Las ventas de fármacos se concentran principalmente en el canal retail, mientras que Cenabast actúa dentro del canal institucional.

Según información aportada por Asilfa, Cenabast y la Fiscalía Nacional Económica, la Central ha representado históricamente entre el 31% y 52% del total de ventas

BVKJDNXKTN

realizadas por esta vía, de modo que su participación en la industria de venta de medicamentos, que incluye tanto el canal retail como el institucional, fluctuaría únicamente entre el 5,425% y 10,92% del universo total de ventas. Lo anterior permite concluir que la participación de Cenabast en la industria farmacéutica es considerablemente baja, razón por la cual no se puede deducir una afectación de los mercados que la componen.

En consecuencia, no obran en autos antecedentes que permitan sostener que las bases tipo no se ajustan al Decreto Ley N°211.

A fojas 1958 la consultante Asilfa dedujo recurso de reclamación en contra de la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Según señaló, la posición dominante de Cenabast está reforzada por la Ley de Presupuesto 2017 N°20.981, una de cuyas glosas dispone que al menos un 60% del gasto en medicamentos e insumos de los Servicios de Salud y otros recintos, deberán ser provistos por ella. Se añade a lo anterior que, atendido sus volúmenes de compra, no es posible que exista una fuente alternativa que la reemplace.

En este orden de ideas, la sentencia confunde mercados distintos, como son el institucional y el retail farmacéutico, para efectos de minimizar la posición dominante de la Central, puesto que si el espectro en

BVKJDNXKTN

análisis se amplía de esa forma, claramente el poder del órgano administrativo se ve diluido y los riesgos de sus actos, minimizados. Explica Asilfa que las licitaciones para el aprovisionamiento público difieren completamente de las compras que realizan las farmacias, quienes no adquieren por licitación, como tampoco por esos volúmenes ni para el largo plazo, circunstancias que convierten ambos mercados en completamente diferentes.

Sobre los riesgos que la actuación de Cenabast trae a la libre competencia, se refiere al denominado "empaquetamiento" de deuda de instituciones históricamente morosas; inexistencia de derechos defensivos de los proveedores; aplazamiento del pago; cautividad de los oferentes; inequidad de derechos y obligaciones; inexistencia de una instancia neutral para la solución de diferencias y la que denomina "opacidad decisional" del órgano, consistente en que importantes actos administrativos son dictados sin la publicidad correspondiente.

La morosidad es una característica del mercado relevante, aseverando que ella genera barreras de entrada ex ante, puesto que impide que empresas o laboratorios más pequeños entren en el mercado. Reconoce que no todas las instituciones presentan una morosidad crítica, pero el empaquetamiento de la demanda permite que algunos, a pesar

BVKJDNXKTN

de abultadas deudas, sigan realizando sus compras casi con la seguridad de que el proveedor quedará impago.

Expone que con posterioridad a la presentación de la consulta, Cenabast ha empezado a suspender o dejar fuera de las licitaciones a las instituciones críticamente morosas. Ello revela la razonabilidad de la medida de desempaquetar la morosidad, propuesta por la consultante.

En lo concerniente al plazo de pago a proveedores, reconoce que se acompañó en autos la Resolución N°379/2015 que, modificando la Resolución N°272, ajustó el plazo inicial de pago de 30 días, pero mantiene un segundo lapso de 30 días sin que el proveedor cautivo pueda reaccionar. Entonces, sólo al cabo de 60 días sería posible solicitar una autorización para suspender los envíos, respecto de la cual Cenabast tiene 15 días hábiles para pronunciarse, de modo que el término total se extiende a 81 días y, respecto de instituciones autogestionadas, se mantiene en 120 días. El órgano administrativo ha justificado esta última diferencia con lo dispuesto por el Decreto Supremo N°38 del año 2005 del Ministerio de Salud, que establece el Reglamento Orgánico de los Establecimientos de Salud de Menor Complejidad y Establecimientos de Autogestión, norma que, sin embargo, no consigna un plazo de pago, sino que se refiere a una evaluación anual que incluye la del

BVKJDNXKTN

equilibrio presupuestario y el cumplimiento de las obligaciones en un plazo no superior a 60 días.

Se sugiere que se fije un pago a proveedores en 45 días y 15 días adicionales para resolver la morosidad, para un total de 60 días de manera única y general, luego del cual se confiera la facultad autónoma de suspender los despachos.

Además, se verifica en el acto consultado un desequilibrio de derechos y obligaciones de las partes, además de la falta de incentivos al pago y la existencia de multas sólo para los proveedores. Expone que Cenabast se ha comprometido a elaborar un procedimiento para la aplicación de multas, intereses y reajustes pero, mientras ello no se materialice, la Resolución N°272 sólo hace efectivas las responsabilidades mensuales de los proveedores, mientras aplaza los pagos.

Asilfa reprocha también la falta de publicidad en las decisiones que afectan a los proveedores, infringiéndose así el principio de transparencia consagrado en la Ley N°19.880.

Finalmente, reitera la inexistencia de una instancia neutral para la solución de diferencias, puesto que la Central actúa como juez y parte, financiándose a través de multas sin contar con facultades para ello.

Se trajeron los autos en relación.

BVKJDNXKTN

Considerando:

Primero: Que el principal reproche que la consultante plantea en relación a la dictación de la Resolución N°272, radica en que sus cláusulas incentivan el funcionamiento imperfecto del mercado, perjudicando a los proveedores que eligen participar en las licitaciones abiertas por Cenabast, cuya posición dominante en el mercado relevante de la compra pública de medicamentos le permite fijar condiciones que generan una incertidumbre tal en el negocio de los oferentes que, a largo plazo, puede significar su salida del mercado o incluso dificultar la entrada de nuevos competidores.

Tal como viene resuelto, el análisis relativo a la influencia que el poder de compra que ostenta la Central tiene en la competencia que se verifica en el mercado relevante, implica primeramente definir este último concepto. En efecto, la definición de una práctica como contraria a la libre competencia, implica calificar si el actor en cuestión tiene un poder de mercado tal que sus acciones puedan producir consecuencias significativas, siendo para ello necesario definir el contexto competitivo al que se enfrentan tanto los oferentes como quienes demandan cierto tipo de productos.

Segundo: Que se ha señalado con anterioridad que existen distintos aspectos que corresponde considerar a la

BVKJDNXKTN

hora de precisar el mercado relevante, los que están relacionados con la naturaleza del negocio, porción geográfica, como otros más específicos, por lo que resulta importante hacerlo caso a caso.

Sobre su conceptualización, se ha planteado por la doctrina que "*supone identificar el conjunto de productos (bienes o servicios) que compiten entre sí en la satisfacción de las necesidades de los consumidores, el conjunto de empresas que pueden ofrecer dichos productos en un plazo relativamente reducido de tiempo y el área geográfica en la cual las condiciones de competencia para el suministro de dichos bienes o servicios son suficientemente homogéneas, diferentes en todo caso de las otras áreas geográficas próximas*" (Alfredo Ugarte Soto. Facilidades Esenciales y Abuso de Posición Dominante. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. vol.20 N°2. Año 2013). Se debe hacer presente que, en la definición de un mercado relevante, además, tiene especial importancia el examen de la sustituibilidad de la oferta y de la demanda, esto es, determinar en qué grado es posible reemplazar un producto o transacción por otro, dentro de un territorio determinado.

Tercero: Que la determinación del componente geográfico no reviste, en estos autos, mayor dificultad, en

BVKJDNXKTN

tanto resultó indiscutido que la Resolución N°272 tiene aplicación sobre todo el territorio nacional.

Tampoco fue controvertido que Cenabast concentra la compra pública de medicamentos, aglutinando la demanda de las instituciones públicas de salud que le otorgan mandato para la compra de medicamentos e insumos médicos. En efecto, así se consagra en el Decreto con Fuerza N°1 del año 2005 del Ministerio de Salud, cuyo artículo 68 dispone: "*La Central proveerá de medicamentos, instrumental y demás elementos o insumos que puedan requerir los organismos, entidades, establecimientos y personas integrantes o adscritas al Sistema, para la ejecución de acciones de fomento, protección o recuperación de la salud y de rehabilitación de las personas enfermas, con el solo objeto de cumplir los planes y programas del Ministerio y a los demás organismos públicos, entre cuyos fines institucionales esté la realización de acciones de salud en favor de sus beneficiarios; de conformidad al reglamento*".

Por su parte, el artículo 70 estatuye como una de las funciones de Cenabast: "*a) Proveer de medicamentos, artículos farmacéuticos y de laboratorio, material quirúrgico, instrumental y demás elementos e insumos que se requieran para el ejercicio de las acciones de salud a que se refiere el artículo 68.*

BVKJDNXKTN

Para estos fines, la Central podrá adquirir, almacenar, distribuir, transportar, arrendar y vender esos elementos a los organismos, entidades, establecimientos y personas que formen parte del Sistema, con el solo objeto de cumplir los planes y programas del Ministerio y a los demás organismos públicos, entre cuyos fines institucionales esté la realización de acciones de salud en favor de sus beneficiarios, de conformidad al reglamento".

De la referencia anterior se desprende que Cenabast reúne y agrega la demanda de medicamentos e insumos médicos de los establecimientos que forman parte del sistema de salud, para luego abrir licitaciones de compra en grandes cantidades, a las cuales se presentan los laboratorios que cuenten con autorización del Instituto de Salud Pública para la venta de los bienes demandados.

Si bien resulta efectivo que los señalados laboratorios tienen posibilidad de comercializar sus productos tanto a través del canal retail como del canal institucional. No es posible, por consiguiente, estimar que estas dos modalidades de venta puedan asimilarse entre sí, de modo de formar parte de un mismo mercado. En efecto, en el canal retail existe una gran concentración, puesto que hay tres grandes actores que acumulan más del 90% de las ventas al público, resultando conocido que, en esta modalidad, la venta no se realiza agregando la demanda,

BVKJDNXKTN

como tampoco a través de una licitación pública, de modo que los precios y el volumen que se transa dependen exclusivamente del libre acuerdo entre los participantes.

En consecuencia, se trata de un medio de distribución diametralmente distinto al institucional.

Cuarto: Que así ha sido reconocido, además, por la Fiscalía Nacional Económica a través del informe de 3 de junio del año 2015, rolante a fojas 76 de estos autos que, si bien centra su análisis exclusivamente en el aprovisionamiento mayorista de medicamentos éticos – esto es, aquellos que requieren de una receta médica extendida de forma previa a su venta – señala en su punto 18 que "*es posible separar el mercado relevante de acuerdo al canal de distribución de los productos, atendido a que los patrones de demanda son diferentes en dichos canales y el proveedor puede explotar dichas diferencias*". Agrega en el numeral siguiente: "*Así, es posible observar dos mercados relevantes: un mercado de aprovisionamiento o distribución mayorista de medicamentos, para su posterior comercialización en el canal retail (el 'mercado retail'); y, un mercado de aprovisionamiento o distribución mayorista de medicamentos, para su posterior uso (y algunos casos eventual comercialización), en el canal institucional (el 'mercado institucional')*".

BVKJDNXKTN

La conclusión anterior, esto es, que el canal retail y el canal institucional configuran mercados relevantes separados, se confirma al momento de analizar la posibilidad de sustituibilidad de la demanda, elemento que, a su vez, resulta esencial para determinar si el comprador institucional cuenta o no con una posición dominante.

Quinto: Que, como se indicó, en el modelo de compra institucional, Cenabast concentra y agrega la demanda de una serie de establecimientos que forman parte del sistema público de salud, abriendo licitaciones a fin de satisfacer las necesidades de medicamentos e insumos médicos. Tal como viene consignado en el fallo reclamado, la Central históricamente ha representado entre el 31% y el 52% de las ventas del canal institucional (en la consulta se indica que sería un 58%), erigiéndose como el principal comprador. En efecto, el año 2015 las ventas a través de otras vías – como por ejemplo, aquellas contempladas en la Ley N°19.886 – fue del 48%.

La sola expresión de estos porcentajes da cuenta de una demanda cuyo volumen no puede ser sustituido por los oferentes. En otras palabras, si bien los laboratorios se encuentran en la posición de optar por vender sus productos a Cenabast o directamente a las farmacias u otros distribuidores, la elección no resulta indiferente desde el punto de vista de la cantidad y magnitud de las

BVKJDNXKTN

transacciones a realizar, puesto que la sola adjudicación de una licitación pública puede significar la venta de un volumen muy superior a aquel que se obtendría de usar el canal retail. A ello se añade que, aun cuando decidan concentrar su ventas en el canal institucional, Cenabast concentra una demanda – sea de medicamentos éticos o de venta libre – cuya dimensión no puede encontrarse en otros actores de este rubro.

En este escenario, es posible afirmar que el aprovisionamiento de medicamentos a entidades públicas de salud goza de características que, desde la perspectiva del proveedor, no pueden ser sustituidas por otra modalidad de venta o distribución y sin que exista en el canal institucional otro poder comprador de la misma magnitud que Cenabast, circunstancia que convierte al órgano administrativo en el actor más relevante de un mercado que tiene, en sí mismo, cualidades particulares que impiden integrarlo con las ventas realizadas por el canal retail.

En este orden de ideas, no es posible atender a la definición de mercado relevante planteada por la consultante, relativa únicamente a las compras realizadas en el marco de licitaciones abiertas por Cenabast, dejando fuera al resto de los compradores institucionales que, al igual que el órgano administrativo, se rigen por la Ley N°19.886 y su reglamento, compartiendo, por tanto,

BVKJDNXKTN

modalidades de actuación análogas. De otra forma, se incurriría en el yerro de atomizar el mercado de manera excesiva, dejando fuera a otros miembros que actúan bajo parámetros similares.

Sexto: Que, establecido y delimitado el mercado relevante, de lo anteriormente expuesto es posible también concluir que, en él, Cenabast goza de una posición dominante.

Se ha entendido la posición dominante como "*la situación de superioridad comercial en que se encuentra una empresa en relación a sus competidores, la que reviste al agente económico de la habilidad de excluir del mercado a los mismos o, al menos, de contenerlos (por ejemplo, impidiendo a estos la obtención de economías de escala que les permitan competir de manera eficiente en el mercado), distorsionando el proceso competitivo*" (Mario Ybar Abad. Comprendiendo el abuso de posición de dominio: revisión de la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada sobre las principales conductas exclusorias. Revista de Derecho Económico de la Universidad de Chile N°76, año 2014, página 11). El mismo autor, citando una sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia expone que para determinar si una empresa tiene o no poder de mercado, es necesario analizar una serie de factores, entre los cuales se

BVKJDNXKTN

encuentran su cuota de participación en el mercado y las características particulares de éste.

Pero también puede entenderse que una empresa o entidad tiene una posición dominante cuando dispone de un poder o fuerza económica que le permite definir de manera autónoma las condiciones del mercado.

Séptimo: Que, en el caso de autos, ya se ha establecido anteriormente que la participación mayoritaria en la demanda de medicamentos para el aprovisionamiento de instituciones públicas, la ostenta Cenabast, quien realiza gran parte de sus compras a través del sistema de licitaciones. Para este efecto, a través del acto consultado y otros posteriores, se han establecido bases tipo que rigen todos estos procesos. Reconoce la Resolución N°272 en su considerando N°8 que ellas contienen un contrato tipo, para posteriormente indicar: "*respecto de los procesos de licitación de fármacos, dispositivos médicos e insumos o alimentos objeto de estas Bases, no existen convenios marcos suscritos por la Dirección de Compras y Contratación Pública, o de existir se acreditará en el respectivo proceso de adquisición que se han obtenido condiciones más ventajosas* (…) *atendido lo anterior, se hace necesario aprobar Bases generales que permitan a Cenabast, de conformidad a la ley N°19.886 sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios y*

BVKJDNXKTN

su Reglamento, Decreto Supremo N°250/2004, del Ministerio de Hacienda, cumplir de manera más eficaz, eficiente, oportuna y con menores costos sus objetivos".

Luego, el texto de las bases tipo incluye la regulación, entre otros aspectos, de los requisitos económicos y técnicos de las ofertas, garantías exigidas a los oferentes, criterios de evaluación de las posturas, condiciones de entrega de los productos, oportunidad de la facturación, condiciones de pago y sanciones por incumplimiento, todas las cuales se contienen en el contrato tipo de adquisición cuyo texto se adjunta como anexo N°10.

Sobre esta clase de convenciones, se ha señalado que "*contrato tipo es un acuerdo de voluntades en cuya virtud las partes predisponen las cláusulas de futuros contratos, que se celebrarán masivamente. El contrato tipo consiste en un acuerdo por el cual se prefijan las condiciones generales de la contratación*" (Jorge López Santa María. Los Contratos, Parte General. Editorial Legal Publishing. Quinta Edición, año 2010. Página 152). El mismo autor los clasifica en unilaterales y bilaterales, explicando respecto del primero de ellos: "*sus autores no negocian en absoluto con los futuros clientes. Éstos no participan en el acto jurídico destinado a fijar la fórmula tipo; cuando deseen contratar, o cuando tengan que hacerlo, irán donde*

BVKJDNXKTN

la persona indicada, quien les impondrá la fórmula forjada anticipadamente por medio del contrato tipo", agregando que "*indudablemente que los contratos tipo unilaterales, en mayor o menor medida, atentan contra la libre concurrencia*" (obra citada, página 154).

Octavo: Que, por tanto, no existe en el mercado relevante ya definido él otro poder comprador que se asimile a aquel que ostenta el órgano administrativo, de modo que no resulta posible para los oferentes elegir libremente dejar de vender a través de este medio; por otro, una vez adjudicada la licitación, la empresa respectiva únicamente puede manifestar su voluntad de aceptar todos los términos de contratación que han sido fijados por la entidad licitante en su calidad de mandatario de un cúmulo global e inseparable de compradores, sin posibilidad de convenir aspectos tan importantes para su negocio como son las condiciones de pago o incluso la elección del comprador final, cuya solvencia – o falta de ella – no puede ser objetada, impidiéndole así tomar recaudos legítimos ante una eventual mora.

Noveno: Que, sin embargo, en cuanto a la posición relativa de comprador y vendedor en materia de compras públicas, no puede soslayarse el hecho de tratarse, esta transacción en particular, de una regida por el Derecho

BVKJDNXKTN

Público, en tanto está destinada a la satisfacción de una necesidad pública como es, en este caso, el aprovisionamiento de medicamentos a los recintos adscritos al Sistema Nacional de Servicios de Salud.

El interés público involucrado en la celebración de este tipo de contratos justifica la existencia de ciertas prerrogativas unilaterales de que goza la Administración, esto es, facultades exorbitantes que difieren de aquellas que ostenta todo contratante privado, tales como la de elaborar las bases de licitación, dirigir e inspeccionar el cumplimiento del contrato y de modificar las obras y servicios contratados. Ésta es la configuración del denominado principio de preeminencia de la Administración en la contratación pública, cuyo contenido es explicado el profesor Claudio Moraga Klenner, a través de las prerrogativas que ella detenta:

"1. el ius variandi o poder de modificación del objeto del contrato;

2. la potestad sancionadora, básicamente en su modalidad de correctiva;

3. la potestad extintiva del contrato – o facultad de la Administración de poner término anticipado y unilateral al contrato fundándose para ello en la sola concurrencia de razones de interés público –, y

BVKJDNXKTN

4. la potestad de sustituir al contratante, por mora de este último en cumplir sus obligaciones, haciendo necesario que ellas sean prestadas directamente por la Administración, por sí, o a través de otro tercero (analógicamente, esta solución es la del art. 1553 del Código Civil)". (Tratado de Derecho Administrativo. Tomo VII. La Actividad Formal de la Administración del Estado. Editorial Legal Publishing. Año 2010, página 338).

De acuerdo a lo expuesto, en la contratación en análisis no es posible que las partes se encuentren en una absoluta igualdad, puesto que, mientras el vendedor satisface su interés propio, el comprador actúa con una finalidad pública que justifica la existencia de condiciones especiales a su respecto.

Empero, aunque la posición de los contratantes frente al escenario que los rige no sea igualitaria, debe siempre, a lo menos, ser equilibrada, a riesgo de afectar la libre concurrencia de los oferentes y, así, distorsionar el mercado.

Décimo: Que es este el prisma a la luz del cual deben analizarse las potestades, derechos y beneficios que Cenabast se auto atribuye a través de la dictación de la Resolución N°272. En otras palabras, la satisfacción de la necesidad de abastecer de medicamentos al sector público, no puede traer consigo una afectación de la libertad

BVKJDNXKTN

económica de los oferentes, al punto de obligarlos a soportar la mora del deudor en su patrimonio, frente a la opción de, derechamente, no contratar. Tal escenario evidentemente produce una distorsión en el mercado, por cuanto desincentiva la participación de todos los oferentes que se encuentren en posición de competir, al añadir incertidumbre respecto de la real obtención del beneficio económico buscado; obligar a la consideración de la mora, su extensión temporal y monto al momento de fijar el precio ofrecido, con el consiguiente aumento de éstos; y, finalmente, impedir la entrada al mercado de competidores que no se encuentren en condiciones de soportar el retraso en los pagos o la insolvencia del deudor.

Undécimo: Que Cenabast, al momento de aportar antecedentes, no ha desconocido la morosidad expuesta por la consultante de $4.030.495.615 al año 2012, de la cual el 83% se concentra en 13 establecimientos que se detallan a fojas 433. Sobre el punto, el órgano administrativo expuso que no está facultado para controlar los estados financieros de las entidades de la Red Pública de Salud participantes en la programación de la demanda. Sin embargo, atendido su cometido público, el hecho de actuar como comisionista, en nombre de otras entidades públicas y la posición dominante que ostenta en el mercado relevante, es Cenabast y no el oferente quien está en mejor posición

BVKJDNXKTN

de prever la mora del deudor y de generar incentivos para el pago – como, por ejemplo, el devengamiento de intereses – precisamente a través del contenido de las bases tipo de la licitación, contemplando mecanismos de control y supervigilancia del cumplimiento de las obligaciones de sus representados, sin que para este fin resulte apta la sola posibilidad de solicitar la suspensión del despacho de medicamentos, en la forma en que se encuentra regulada actualmente.

Duodécimo: Que también corresponde realizar ciertas consideraciones en lo concerniente a los plazos máximos de pago.

La Resolución N°184 de 28 de mayo de 2013, anterior al acto consultado, ya establecía la regulación del término para proceder al pago de facturas, indicando en su acápite XII que éste sería de 45 días, contados desde la recepción conforme de las facturas en cada uno de los establecimientos. Esta cláusula se mantiene con la misma redacción en la Resolución N°272.

Sin embargo, a diferencia de lo indicado en la consulta, corresponde puntualizar que estos términos ya fueron modificados, a través de la Resolución N°379 de 11 de septiembre de 2015, que refiere un "*plazo máximo de 30 días, salvo que una norma legal establezca un plazo superior*" que, para los establecimientos autogestionados,

BVKJDNXKTN

se encuentra en el documento denominado "Términos y Condiciones Mandato de Compra y Administración de Cenabast", que preceptúa un lapso de 60 días, a los cuales se suman los términos diferenciados – 45 y 60 días, respectivamente – que para cada uno de ellos se contempla, a fin de solicitar la autorización de suspensión del despacho. Estos términos tienen fuente normativa, en la Ley de Presupuesto, para los establecimientos dependientes del Servicio de Salud; y en el Decreto Supremo N°38 del año 2005 del Ministerio de Salud, para los establecimientos autogestionados, de modo que, sin perjuicio del cobro de intereses una vez verificado su vencimiento, no es posible alterarlos en perjuicio de la Administración o a través de un acto administrativo.

Décimo tercero: Que también merece una mención especial aquello concerniente al destino de las multas que se cobre a los proveedores por la falta de cumplimiento.

El artículo 76 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 del año 2005, del Ministerio de Salud, dispone en relación al patrimonio de Cenabast: "*La Central se financiará con los siguientes recursos:*

a) Los fondos que consulte la Ley de Presupuestos de la Nación para financiar las existencias a que se refiere la letra b) del artículo 70;

BVKJDNXKTN

b) Los ingresos provenientes de las ventas que efectúe y de los servicios que preste, incluyendo los que correspondan a las acciones que deba realizar de acuerdo con la letra c) de la misma disposición;

c) Los frutos de sus bienes propios y el producto de su enajenación, y

d) Los aportes, transferencias, subvenciones, empréstitos, préstamos, herencias, legados y donaciones que reciba de parte de otros organismos, entidades o personas, tanto públicas como privadas, sean nacionales o extranjeras".

Como puede apreciarse, las fuentes de financiamiento del órgano no incorporan los montos percibidos por concepto de multas impuestas a los proveedores por incumplimiento de las obligaciones establecidas en los contratos celebrados con ellos.

Establecido lo anterior, el párrafo XIII de la Resolución N°272, en su punto 2.6 indica, sobre el destino de estas sumas, que el pago se realizará "*en efectivo o en vale vista directamente en la caja de Cenabast, o efectuar el depósito en la cuenta corriente N°9210059 del Banco Estado a nombre de la Central de Abastecimiento del S.N.S.S.*".

Décimo cuarto: Que la consultante reprocha, entre otros puntos, que Canabast no está autorizada legalmente

BVKJDNXKTN

para financiarse con multas, de modo que incurre en una infracción al principio de legalidad al imponer sanciones administrativas sin estar facultada para ello.

Sobre el particular, si bien es cierto que las bases tipo, en la parte transcrita, solamente indican que el órgano actúa como receptor de los montos, sin señalar expresamente que éstos ingresen a su patrimonio, no lo es menos que no se refiere al destino final de estas cantidades, punto cuyo análisis resulta primordial atendido que, como se dijo, las multas administrativas no constituyen una fuente de financiamiento de la Central.

Se trata de un tema que ya ha sido abordado por la Contraloría General de la República en el Dictamen N°66.255 de 24 de octubre de 2012 que expresamente se pronuncia sobre el tratamiento contable de las multas recibidas de los proveedores por incumplimiento de obligaciones, señalando que debe atenderse a cada caso en particular para determinar el destino de estos recursos, en tanto existen convenios que expresamente indican la institución a cuyo beneficio se perciben y "*tratándose de las otras multas recibidas por Cenabast como consecuencia de la intermediación relacionada con los demás programas del Ministerio de Salud, respecto de los cuales no exista un acuerdo formal que permita determinar si estos recursos deben ser devueltos a la institución (…) esa entidad deberá*

BVKJDNXKTN

convenir con el Ministerio de Salud el destino de los fondos".

A mayor abundamiento, este pronunciamiento fue aclarado por el Dictamen N°12.010 de 21 de febrero de 2013, de acuerdo al cual "*las multas generadas por la operación normal de la mencionada institución, y cuando en ella no se pueda distinguir la existencia de un mandato como es el caso que se presenta, se deberán reconocer presupuestariamente*" (el subrayado es nuestro).

Finalmente, resulta elocuente aquello que se expresa en el Dictamen N°26.915 de 2 de mayo de 2013, referido al mandato otorgado por las Municipalidades de Maipú y San Ramón a Cenabast para la adquisición de medicamentos e insumos médicos destinados a abastecer a los establecimientos de atención primaria de salud, dejando expresa mención que la Central actúa en calidad de mandataria, conforme a lo dispuesto en el artículo 1448 del Código Civil. Sobre la materia en examen, expresa: "*en lo que concierne al destino de los recursos provenientes de las multas que se apliquen por los incumplimientos de contrato en que incurran los vendedores de los productos, es pertinente dejar en claro que, a diferencia de lo indicado por la Municipalidad de San Ramón, de los antecedentes acompañados no consta que esos dineros vayan a ingresar al patrimonio de Cenabast. Es más, de lo informado*

BVKJDNXKTN

por dicha central se advierte que aquellos fondos pertenecerán a las entidades afectadas por la inobservancia de las cláusulas contractuales, vale decir, a los respectivos municipios".

Décimo quinto: Que, en consecuencia, el órgano se encuentra facultado para imponer multas, en tanto autoridad administrativa y en representación del contratante perjudicado con el incumplimiento. Sin embargo, el destino de dichos fondos no puede ser su patrimonio propio, precisamente por su calidad de mandatario y en tanto no existe norma legal que le faculte para ello.

La incidencia de este punto, en tanto se trata de sanciones que eventualmente pueden afectar a los proveedores y que son aplicadas por el mismo órgano que las capta, hace necesaria la explicitación de su destino, en el marco de las bases tipo que, a su vez, contienen el catálogo de obligaciones cuyo incumplimiento las gatilla.

Décimo sexto: Que todas las falencias hasta ahora anotadas reflejan que, dentro del mercado relevante del aprovisionamiento de medicamentos e insumos médicos a establecimientos públicos, Cenabast ha utilizado su posición dominante en cuanto a la demanda y su calidad de mandataria concentradora del poder comprador, a fin de establecer condiciones de mercado que hacen soportar a los oferentes las consecuencias de la mora de los deudores.

BVKJDNXKTN

Encontrándose habilitada para ello, no ha generado incentivos para el pago regular y oportuno o, alternativamente, un escenario que estimule la participación, competencia, ingreso y mantención de los oferentes en el mercado. Por el contrario, la regulación de los plazos de pago y las consecuencias de la mora configuran una barrera de entrada para nuevos competidores, puesto que los obligan a someterse a un contexto que requiere ser considerado, tanto para adoptar la decisión de presentar una oferta, como para la fijación de los precios.

Se hace perentorio, en consecuencia, un estudio completamente nuevo de las condiciones que las bases tipo consignan en relación a estos puntos, para poder alcanzar acuerdos que, con participación de todos los incumbentes y de la Fiscalía Nacional Económica, tiendan a eliminar las distorsiones que en el mercado producen las circunstancias largamente expuestas y a preservar el equilibrio entre las partes contratantes. En este orden de ideas, la necesidad de arribar a tales objetivos impide que esta Corte imponga las condiciones solicitadas en la reclamación, en tanto su establecimiento debe ser fruto del concierto de voluntades de los involucrados, al alero de las recomendaciones formuladas por el órgano fiscalizador y a la luz de las consideraciones anteriormente expresadas en el presente fallo.

BVKJDNXKTN

Los anteriores argumentos resultan suficientes para el acogimiento de la reclamación y, por tanto, torna innecesario el análisis exhaustivo de los demás motivos consultados.

Por estos fundamentos, normas legales citadas y lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto Ley N° 211, se resuelve que:

I.- Se acoge el recurso de reclamación deducido por la Asociación Industrial de Laboratorios Farmacéuticos Chilenos A.G. en contra de la sentencia de seis de marzo de dos mil diecisiete, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que declara la inexistencia de antecedentes que permitan concluir que el asunto consultado sea contrario al Decreto Ley N°211, **sólo en cuanto**, en su lugar, se decide que, ante la presencia de indicios que hacen necesario resguardar el cumplimiento de las normas sobre libre competencia y el debido equilibrio de oferentes y demandantes en el mercado relevante del aprovisionamiento de medicamentos e insumos médicos a instituciones públicas de salud, la Central Nacional de Abastecimiento (Cenabast) iniciará un proceso de reestudio, revisión y elaboración de las condiciones impuestas a través de las Bases Tipo que rigen los Procesos de Licitación Pública de Compra de Medicamentos, Dispositivos e Insumos Médicos y Alimentos bajo la Modalidad Distribución Directa Destinados al Apoyo

BVKJDNXKTN

del Ejercicio de Acciones de Salud, contenidas en la Resolución Afecta N°272/2014, oyendo a los laboratorios involucrados y con participación de la Fiscalía Nacional Económica, a fin de arribar a un texto que cumpla con las finalidades antes expuestas.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Arturo Prado Puga.

Rol N° 11.779-2017.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Rosa Egnem S., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z. y Sr. Arturo Prado P. Santiago, 21 de diciembre de 2017.

SERGIO MANUEL MUÑOZ GAJARDO
MINISTRO
Fecha: 21/12/2017 13:31:44

ROSA DEL CARMEN EGNEM SALDIAS
MINISTRA
Fecha: 21/12/2017 13:31:45

MARIA EUGENIA SANDOVAL GOUET
MINISTRA
Fecha: 21/12/2017 13:31:45

CARLOS RAMON ARANGUIZ ZUÑIGA
MINISTRO
Fecha: 21/12/2017 13:31:46

BVKJDNXKTN

ARTURO JOSE PRADO PUGA
MINISTRO
Fecha: 21/12/2017 12:39:39

BVKJDNXKTN

En Santiago, a veintiuno de diciembre de dos mil diecisiete, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl o en la tramitación de la causa.

BVKJDNXKTN