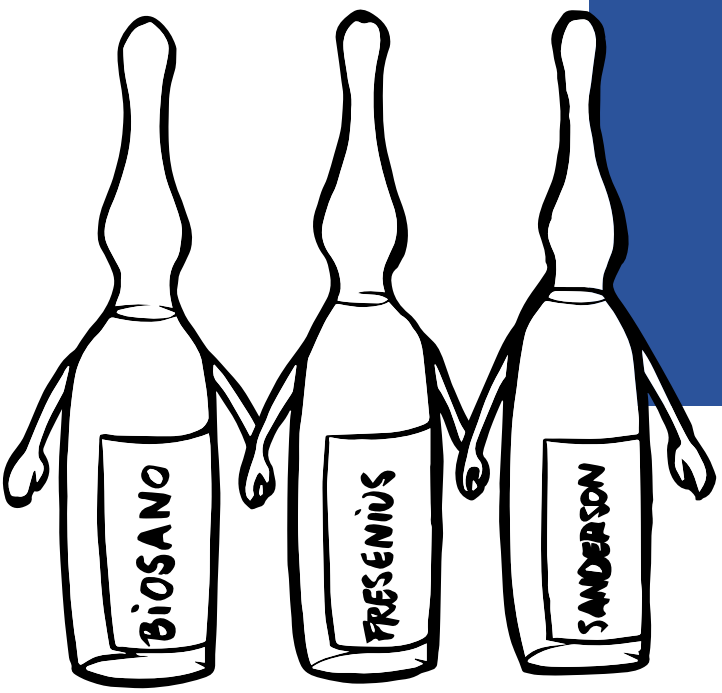


Dilema 33

Autores responsables:

José Yáñez
Benjamín Telias

Caso real, presentado con fines académicos

Colusión de laboratorios en licitaciones de CENABAST

¿Maximización de ganancias a costa del bienestar de los consumidores?

Tras una investigación de cuatro años, iniciada a partir de una denuncia realizada por el Ministerio de Salud y la Controlaría General de la República, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) requirió a Laboratorio Biosano S.A. (Biosano), Fresenius Kabi Chile Ltda. (Fresenius) y su filial Laboratorio Sanderson S.A. (Sanderson), acusándolos de infringir el artículo 3 del Decreto Ley N°211. Las pruebas que fueron obtenidas mediante diligencias de entrada, registro e incautación, y la delación compensada a la que se acogió Biosano, permitieron probar la existencia de acuerdos colusivos entre las referidas empresas, para "repartirse" la postulación a licitaciones de remedios de la Central Nacional de Abastecimiento (CENABAST), entre los años 1999 y 2013. Dicha repartición, permitía la fijación de precios monopólicos en ampollas (medicamentos inyectables genéricos contenidos en envase de menor volumen), en tanto los requeridos eran y son actualmente, los únicos productores del referido producto en el país.

En Chile, hasta 1992, los suministros médicos necesarios para el funcionamiento de los servicios de salud eran adquiridos, almacenados y distribuidos por la Central Nacional de Abastecimiento (CENABAST), en función de la demanda de cada uno de los centros. Con posterioridad, se le confirió a CENABAST la atribución de adquirir medicamentos a través de licitaciones públicas. Con ello, se buscaba no sólo obtener menores precios para los usuarios, sino que también evitar discrecionalidades desagregadas[1], arbitrariedades y conductas de corrupción. A partir de lo anterior, la CENABAST comenzó a cumplir un rol de intermediario entre las farmacéuticas, generadoras de medicamentos, y los establecimientos del sector público de salud que

1 *En este contexto, el concepto hace referencia a los costos asociados a la toma de decisiones discrecionales por diferentes organismos, que no se coordinan para aunar criterios.*

demandaban dichos insumos. Específicamente, las farmacéuticas postulaban a las licitaciones con el objeto de adjudicarse la venta de alguno de sus productos por un determinado período de tiempo.

En este contexto, entre los años 1999 y 2013, Biosano, Fresenius (y su filial Sanderson), y el Laboratorio Rider S.A. ("Rider") establecieron un acuerdo para intervenir los procesos de licitación pública, convocados por la CENABAST, para la adquisición de medicamentos en formato de ampollas. Se trataba de medicamentos genéricos de soluciones líquidas de menor volumen en formato de inyección intravenosa, que contemplaban una variedad importante de insumos, tales como antiinflamatorios, antiarrítmicos, antibacterianos, anticoagulantes, analgésicos y antibióticos.

El mecanismo utilizado por dichos laboratorios para el logro de su objetivo contemplaba establecer de forma conjunta y previa a su participación, el precio de referencia que cada empresa debía ofertar en cada una de las licitaciones. Esta coordinación, realizada entre los altos ejecutivos de cada laboratorio, resultaba clave para el proceso ya que, en la evaluación de las ofertas, el precio era precisamente el elemento que obtenía mayor ponderación. Concretamente, los ejecutivos participaban en reuniones donde se analizaban, entre otros datos relevantes, los documentos internos de trabajo (en los cuales se listaban las licitaciones convocadas por la CENABAST), los medicamentos requeridos, y la cantidad y presentación solicitada. Dicha información se usaba tanto para decidir qué empresa se adjudicaría los medicamentos licitados como para establecer el monto de la oferta que se realizaría, y en algunos casos, el precio de referencia para la empresa que debía perder (Fiscalía Nacional Económica, 2016b).

De este modo, el cartel[2] operó con 93 productos hasta el año 2013, momento en que se logró demostrar la presencia de un acuerdo colusivo entre los mencionados laboratorios. Lo anterior fue producto del requerimiento iniciado por FNE a partir de la infracción al art. 3 del DL 211[3] y también de las diligencias realizadas por la Fiscalía en las dependencias de Biosano y Sanderson/Fresenius. En este contexto y a la hora de asignar las multas para las empresas, se consideraron los siguientes agravantes: la inexistencia de sustitución de medicamentos por parte de la CENABAST (ya que esta demandaba por principio activo, formato y concentración específica de productos), y la naturaleza de los bienes (relacionados con aspectos vitales).

"La historia comienza en el año 1999, pero no es hasta 2010 donde se establece los nombres de los principales gestores de este cartel. Claudio Reginato Vásquez, participó durante el periodo como gerente de operaciones y subgerente general de Biosano. Su hermano Mauricio lo hizo como asistente comercial y gerente comercial de la misma firma. En tanto Pedro Pablo Echeverría Bascuñán y Mariano Ojeda son señalados como los ejecutores por parte de Sanderson/Fresenius. Todos participaron hasta que fue desbaratado el cartel en el año 2013", dice la FNE en el expediente del caso.

Las requeridas, en conjunto, han concertado una participación de mercado que va entre 65,2% y 96,5%. Durante este período, el monto total adjudicado por CENASBAST superó, en términos nominales, $24 mil millones. Las requeridas se adjudicaron el 85% de ese monto. El porcentaje restante se dividió entre 20 laboratorios, de los cuales ninguno tuvo más de un 2% de participación de manera individual (Maraza & Cabello, 2016).

Es importante tener en consideración que, más allá de las concentraciones de mercado mencionadas previamente, hay otros factores que propiciaron la colusión, tales como la generación de economías de escala en la producción, el bajo atractivo que significaba para empresas internacionales el tamaño del mercado farmacéutico nacional, y la posibilidad de generar acciones de defensa conjunta, por parte de las empresas coludidas. Todos estos elementos generaron desincentivos a la competencia, al dificultar la entrada de nuevos agentes, en un mercado que ya presentaba barreras de entrada producto de exigencias legales[4] (Fiscalía Nacional Económica, 2016a).

Como consecuencia, este acuerdo colusivo favoreció una alta concentración de mercado[5] al permitir la fijación de precios monopólicos que superaban ampliamente al

2 *Convenio entre varias empresas similares para evitar la mutua competencia y regular la producción, venta y precios en determinado campo industrial (Diccionario de la Real Academia Española).*

3 *Anexo 1: Decreto ley n°211 (FNE)*

4 *Para poder fabricar productos inyectables, la ley exigía contar con un Registro Sanitario (otorgado por el Instituto de Salud Pública).*

5 *Anexo 3: Participaciones en el mercado relevante.*

valor estimado en condiciones normales de competencia. Con ello, tanto CENABAST como los servicios públicos de salud, se vieron directamente afectados mediante la disminución de su patrimonio. Como ejemplo de lo anterior, es relevante mencionar que, durante el período que duró la colusión, dicho organismo tuvo un gasto de 24 mil millones de pesos, destinando el 85% de ese monto a las empresas del cartel.

Las empresas involucradas fueron sancionadas por la FNE, con multas de 18.000 Unidades Tributarias Anuales ("UTA") ($9.915.912.000) para Sanderson, y de 2.000 UTA ($1.101.768.000) para Fresenius.

En lo relativo a Biosano, la Fiscalía no solicitó la condena a una multa, por haber accedido al beneficio de la delación compensada[6].

A partir de los antecedentes del caso, ¿es ética la maximización de ganancias por parte de una empresa a costa del bienestar de los consumidores?

¿Es necesario hacer reformas extremas en la ley para evitar nuevos casos de colusión?

¿Por qué últimamente han salido a la luz varios casos de colusión en la sociedad chilena?

Anexos

Anexo N°1: Decreto ley n°211

[…] Artículo 3º.- El que ejecute o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores. […]

Fuente: Fiscalía Nacional Económica, 2016.

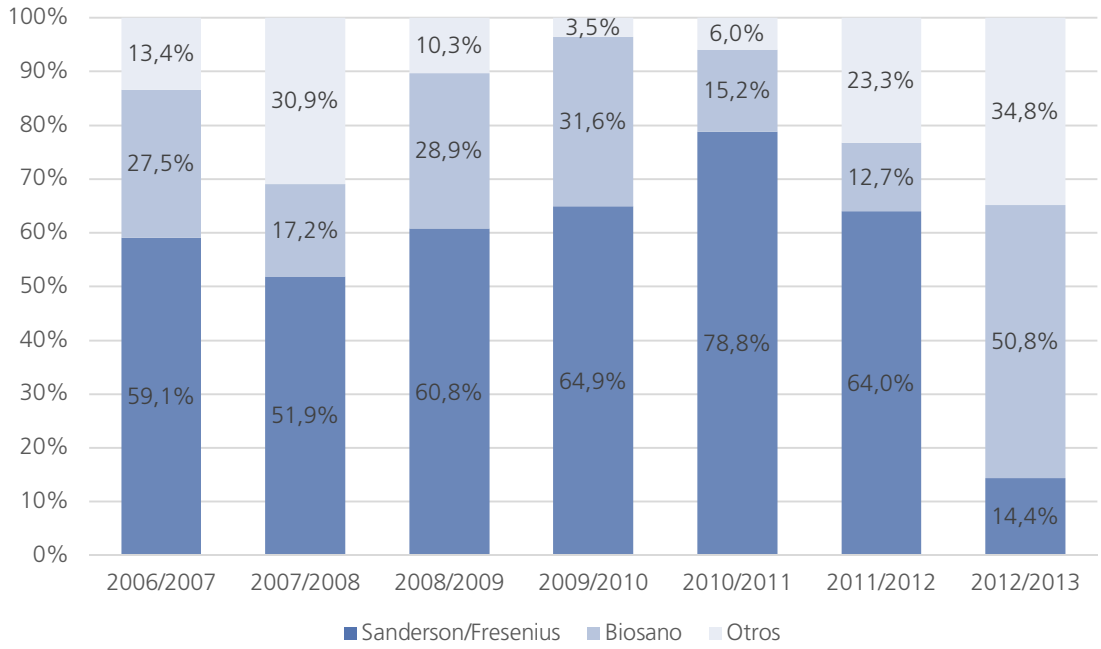
Anexo N°2: Delación compensada en casos de colusión.

[…] La colusión aumenta los precios, contrae la oferta, reduce la variedad y calidad de los productos y afecta la eficiencia económica o tiende a producir dichos efectos. Con ello se perjudica a los consumidores, a las empresas y a la economía en su conjunto. Por lo mismo, la colusión es sistemáticamente sancionada alrededor del mundo y constituye uno de los principales focos de aplicación del DL 211 para la FNE. Para detectar, sancionar y disuadir eficazmente la colusión, los artículos 39 bis y 63 del DL 211 establecen y regulan la delación compensada. Esta figura permite la exención o reducción de las sanciones a que se expone quien ha intervenido en una conducta colusoria, si esa persona entrega antecedentes que conduzcan a acreditar la conducta y a determinar a sus responsables […]

Fuente: Fiscalía Nacional Económica, 2017.

6 *Anexo 2: Delación compensada en casos de colusión (FNE).*

Anexo N°3: Participaciones relevantes en el mercado



Fuente: Elaboración propia con base en datos obtenidos en datos de CENABAST.

Referencias

Fiscalía Nacional Económica. (septiembre de 2016a). Decreto de Ley N°211: que fija normas para la defensa de la libre competencia. Obtenido de FNE: *http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2016/09/DL_211_refundido_2016.pdf*

Fiscalía Nacional Económica. (8 de agosto de 2016b). FNE acusa a laboratorios de coludirse en licitaciones de CENABAST. Obtenido de FNE: *http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2016/08/requ_xx_2016.pdf*

Fiscalía Nacional Económica. (marzo de 2017). Guía Interna sobre Delación Compensada en casos de colusión. Obtenido de FNE: *http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/04/Guia_Delacion_Compensada.pdf*

Maraza, K., & Cabello, C. (5 de agosto de 2016). FNE acusa a laboratorios por colusión en licitaciones de Cenabast por más de 14 años.
Obtenido de El Pulso: *http://www.pulso.cl/empresas-mercados/fne-acusa-a-laboratorios-por-colusion-en-licitaciones-de-cenabast-por-mas-de-14-anos/*