

EN LO PRINCIPAL: Interpone asunto de carácter no contencioso. **EN EL PRIMER OTROSÍ:** Acompaña documentos. **EN EL SEGUNDO OTROSÍ:** Personería. **EN EL TERCER OTROSÍ:** Patrocinio y poder.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SERGIO ROJAS BARAHONA, abogado, en representación según se acreditará de **SOCOFAR S.A.**, del giro distribución de productos farmacéuticos, ambos con domicilio en Avenida El Salto N° 4.875, Edificio City Park, comuna de Huechuraba, Santiago, a este H. Tribunal respetuosamente digo:

Que, de conformidad con establecido en el N° 2 del artículo 18 y 31 del Decreto Ley N°211, de 1973 (en adelante, “DL 211”), en la representación invocada, vengo en someter a conocimiento del H. Tribunal el presente asunto de carácter no contencioso, a fin que V.S., ejerciendo las facultades que dichas normas le confieren, se pronuncie acerca de si -en los hechos- el trato diferenciado otorgado por los laboratorios farmacéuticos que operan en el mercado¹, en la determinación del precio de sus productos a clientes públicos y privados que participan en el segmento de distribución farmacéutica, se encuentra o no conforme con la libre competencia, de acuerdo a las condiciones de mercado involucradas; estableciendo -si procediere- las condiciones que las aludidas empresas deberán cumplir a este respecto.

Lo anterior, H. Tribunal, en atención a que -tal como la misma Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) pudo constatar en el Estudio de Mercado al que haremos referencia más adelante- no se ha apreciado la existencia de fundamentos explícitos, claros o evidentes que expliquen las diferencias de criterio aplicadas por los laboratorios entre sus diversos clientes.

¹ Tal como ha constatado la Fiscalía Nacional Económica en expedientes tales como los autos Rol NC 458-2019 y NC 432-14, y particularmente en su investigación Rol 1931-11 FNE (informe de archivo de 3 de junio de 2015), en nuestro país concurren más de 60 laboratorios, internacionales y nacionales, dedicados a la importación y fabricación de productos farmacéuticos. Ello fue ratificado por este H. Tribunal, por ejemplo, en su Resolución N° 50/2017, de 6 de marzo de 2017.

De hecho, tal diferenciación ha sido aún más manifiesta desde la entrada en vigencia de la Ley N° 21.198², que autorizó la intermediación de medicamentos por parte de Cenabast³ a almacenes farmacéuticos, farmacias privadas y establecimientos de salud sin fines de lucro, dado que habiendo ingresado dicha Central a una actividad comercial que coincide y compite con la que desarrolla mi representada, a primera vista, pareciera contar con condiciones diversas a las que Socofar S.A. y otras empresas de distribución pudieren acceder, lo que además podría derivar en un acceso a condiciones disímiles para las farmacias no abastecidas por Cenabast y, por consiguiente, para los clientes de estas últimas, según se indicará.

I. CONSIDERACIÓN PREVIA

H. Tribunal, antes de todo, estimamos del caso hacer presente que la principal motivación de mi representada para iniciar el presente asunto no contencioso apunta finalmente a fortalecer la competencia en la industria farmacéutica y, con ello, colaborar con el propósito perseguido por la Ley N° 21.198 (Ley Cenabast) y otras iniciativas públicas y privadas destinadas a reducir el precio que tienen que pagar los chilenos por los medicamentos. En efecto, la entrega de un mayor grado de transparencia y certeza a la industria habrá de permitir a sus diversos actores tomar decisiones más informadas y, con ello, procurar una adecuada competencia y sustentabilidad en todos los segmentos que forman parte de dicha industria, con plena conciencia del alto gasto de bolsillo que representa la adquisición de productos farmacéuticos para los habitantes del país.

II. ANTECEDENTES

II.1. El mercado en el que participa Socofar S.A.

1. Generalidades. Como el H. Tribunal conoce y señaló -por ejemplo- en su Resolución N° 15/2006, el mercado farmacéutico puede segmentarse en tres etapas: Producción, distribución y comercialización de productos farmacéuticos.

Socofar S.A. participa en la etapa de aprovisionamiento o distribución mayorista de tales productos, respecto de la cual V.S. ha señalado que es necesario distinguir entre: (i) la *distribución realizada por representantes de los laboratorios*, que comercializan de manera

² Publicada en el Diario Oficial con fecha 8 de enero de 2020.

³ Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, también referida en este escrito como la "Central".

exclusiva sus propios productos; (ii) los *distribuidores cerrados*, que realizan el aprovisionamiento exclusivo de la cadena de farmacias de su propiedad; (iii) los *distribuidores abiertos*, que aprovisionan a farmacias independientes y a todos los agentes interesados en general, como lo son Droguerías Ñuñoa, Farma7, Toledo y otras; y, finalmente, (iv) los *distribuidores mixtos*, que aprovisionan tanto a los clientes de los distribuidores abiertos como a cadenas de farmacias relacionadas. En este último caso se encuentra particularmente Socofar S.A., que abastece a todas las farmacias que operan bajo la marca Cruz Verde, sean propias o franquiciadas, como también a farmacias independientes⁴.

La FNE ha precisado, por su parte, la existencia de dos sub mercados relevantes, “*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*”⁵: 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, en algunos casos, eventual comercialización), en el canal institucional (el “*mercado institucional*”)⁶.

2. Participaciones de mercado. Según información entregada por IQVIA (Ex IMS Health), a abril de 2019 la participación de mercado de Socofar -considerando únicamente la distribución abierta de medicamentos- se encuentra cercana al 50%, medida en unidades.

Además, destaca la presencia de otros importantes distribuidores mayoristas abiertos como es el caso de Droguerías Ñuñoa, Farma 7 y Toledo.

Adicionalmente, existe una serie de otros distribuidores en este mercado, tales como Novasur, Redfarma, Ethon, Hospipharma y Droguería ByB, y varios que han ingresado al mercado en los

⁴ Resolución N° 15/2006, pág. 14-15.

⁵ Así lo señala, por ejemplo, en su informe de archivo de la Investigación Rol 1131-11, de 3 de junio de 2015 (numerales 18 y siguientes), citando además al efecto la obra “Economics for Competition Lawyers”, de Gunnar Niels, Helen Jenkins y James Kavanagh, Oxford University Press, primera edición, año 2011, págs. 30 y 31.

⁶ El mismo informe de archivo de la FNE señala que, desde el punto de vista del mercado geográfico, “*se considera que el mercado de la venta mayorista de medicamentos es nacional, ya que los laboratorios distribuyen sus medicamentos a lo largo del país*” (numeral 17) y, además, refiere al criterio dado por este H. Tribunal en ciertos casos específicos (por ejemplo Sentencias N° 51 y 125), en cuanto a estimar que “*en principio sería posible considerar a cada principio activo como un mercado relevante distinto*”, atendida la sustituibilidad de un medicamento por otro para el tratamiento de una enfermedad específica (numeral 16).

últimos 5 años, como es el caso de Mediven, Global-Pharma, IMO, Clinical Market, Alliancepharma y Droguería Vasca, entre otros.

3. Otros agentes relevantes. Como V.S. conoce, además de las distribuidoras abiertas, también existe en el país una alta capacidad de distribución mayorista por parte de distribuidores actualmente cerrados, como son los relacionados a Farmacias Ahumada⁷ y Salcobrand⁸.

Lo anterior quiere decir, H. Tribunal, que las empresas privadas de distribución de productos farmacéuticos abastecen a casi la totalidad de las farmacias y otros establecimientos del país, rol que -a partir de la dictación de la Ley N° 21.198- ha asumido también Cenabast, en los términos que se reseñarán en este escrito.

II.2. El Estudio de Mercado sobre Medicamentos de la FNE (EM03-2018)

4. Presentación. La diferenciación de precios objeto del presente asunto no contencioso, es una realidad que ya pudo constatar la Fiscalía Nacional Económica con ocasión del Estudio de Mercado informado en enero de 2020, en el que se comparó al efecto productos idénticos, sin que las disparidades detectadas pudieran ser explicadas en los volúmenes comprados⁹.

Como pudo determinar también el Estudio de la FNE, la competencia en el mercado de los medicamentos en el sector privado no se da por precio, sino por marca, pese a los esfuerzos que ha realizado la autoridad con el objeto de instalar la bioequivalencia y otras medidas tendientes a la homogeneización de los productos. El fracaso de esa política pública se debería sobre todo a la falta de transparencia en la información¹⁰.

5. Diferenciación de precios constatada por la FNE¹¹. La Fiscalía Nacional Económica señaló en su Estudio que, al analizarse el funcionamiento del mercado de medicamentos, en especial la comercialización de productos desde los laboratorios a distintos agentes del mercado, un hecho

⁷ Véase: <https://www.plataformaarquitectura.cl/cl/02-2952/centro-de-distribucion-y-logistica-fasa-guillermo-hevia>

⁸ Véase: <https://www.revistalogistec.com/index.php/vision-empresarial/un-dia-en/item/3391-salcobrand-un-centro-pensado-y-disenado-para-reescribir-la-operacion>.

⁹ Estudio FNE, pp. 15-16. El detalle del referido análisis se encuentra en las páginas 127 y ss. del mismo Estudio.

¹⁰ Tal como señala el Estudio FNE, p. 17.

¹¹ Estudio FNE, pp. 15-17.

sumamente saliente es la existencia de diferencias relevantes de los precios que estos cobran a sus distintos compradores para productos iguales y para mismos volúmenes de compra.

Según los datos recopilados por la FNE, las grandes cadenas de farmacias -Cruz Verde, FASA y Salcobrand- pagan en promedio un **70% más que el sector público** y un **60% más que compradores institucionales privados** (clínicas principalmente), sin que existan diferencias en volúmenes de adquisición que lo expliquen¹².

Las diferencias anteriores también son interesantes de analizar para el caso de medicamentos con patente, en que dicha disparidad disminuye a un **50%** más respecto del sector público y un **14%** más en relación con el sector institucional privado. Por su parte, tratándose de medicamentos con denominación de fantasía o marca, la diferencia entre lo pagado por las grandes cadenas y el sector público llega a un **83%**, mientras que la diferencia para los medicamentos que no tienen nombre de fantasía alcanza un **52%**.

Sin duda, las diferencias constatadas por la FNE resultan sorprendentes, especialmente considerando que las grandes cadenas, siendo compradores de volúmenes considerables, terminan obteniendo precios más altos en relación con otros compradores de menor tamaño, sin que exista claridad respecto a los criterios que justificarían objetivamente dicha disparidad.

6. Algunas conclusiones de la FNE sobre esta materia¹³. Más adelante, el Estudio de la Fiscalía insiste en resaltar las diferencias importantes en el precio al que los laboratorios venden sus productos a los distintos participantes de este mercado, señalando que *“no parecen estar explicadas por mayores volúmenes de compra”*.

Dentro de las diversas comparaciones adicionales que realiza, la FNE constata que un mismo producto comercial con el mismo SKU es vendido en promedio un **89%** más caro a las grandes cadenas de farmacias que a los compradores del sector público, y que el sector institucional privado (clínicas y centros médicos de diferentes tamaños) adquiere los productos en promedio un **62%** más barato que las cadenas de farmacias.

¹² Cabe destacar que el citado análisis de la FNE fue realizado con relación a productos (SKUs) idénticos y no a nivel de dosis, en que la diferencia en precios podría explicarse por diferencias en el tamaño y tipo de envase. A nivel de dosis, de hecho, las diferencias son mayores. En efecto, en tal caso las grandes cadenas de farmacias pagan **100% más de lo que paga el sector público** y aproximadamente un **70% más de lo que paga el sector institucional privado**.

¹³ Estudio FNE, pp. 127 y ss.

Además, mediante gráficos, el Estudio de la FNE muestra que, para las cadenas, la diferencia de precios es **más de dos veces superior para el 20% de los productos**, siendo en el caso del percentil 5, un precio **6 veces más alto**.

Finalmente, cabe destacar que según advierte la FNE para el desarrollo de su Estudio se recopiló información de diversas fuentes, lo que les permitió contar con un conjunto de antecedentes inéditos para el análisis de este mercado. Así, en dicho documento se destaca que fueron los propios actores del mercado quienes aportaron la información requerida, señalando que dentro de las principales fuentes de información utilizada se consideró aquella aportada por 27 laboratorios (cuya propiedad corresponde a 21 grupos empresariales), que concentran más de 70% de las ventas a público; además de información detallada de tres droguerías de gran tamaño e información resumida de droguerías más pequeñas (más de 100); datos públicos del portal de compras públicas del Estado; datos detallados de cadenas de farmacias; y datos detallados de una muestra de prestadores institucionales privados de salud, entre otros.¹⁴

II.3. La Ley N° 21.198. Principales alcances.

7. Ley Cenabast. El 8 de enero de 2020 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 21.198, que *“autoriza la intermediación de medicamentos por parte de Cenabast a almacenes farmacéuticos, farmacias privadas y establecimientos de salud sin fines de lucro”*.

En lo medular, dicha norma incorpora los artículos 70 bis, 70 ter y 70 quáter al decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 2.763, de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469, referido fundamentalmente al Fondo Nacional de Salud (Fonasa) y al Sistema Nacional de Servicios de Salud (el **“Sistema”**). Esta normativa ha iniciado una importante transformación en la industria farmacéutica, dado el mayor protagonismo del Estado en la adquisición de medicamentos y el hecho de que todos los almacenes farmacéuticos, farmacias privadas y establecimientos de salud sin fines de lucro podrán beneficiarse con las condiciones preferentes que obtenga Cenabast, aunque no todos a partir de una misma fecha.

¹⁴ Estudio FNE, pp. 12 y 13.

8. Nuevas facultades para Cenabast. El nuevo artículo 70 bis faculta a Cenabast para proveer de medicamentos, artículos farmacéuticos y de laboratorio, material quirúrgico, instrumental y demás elementos e insumos que se requieran, a farmacias y almacenes farmacéuticos privados, así como establecimientos de salud sin fines de lucro.

Estos últimos, por tanto, podrán solicitar a Cenabast los productos sanitarios que necesiten para el adecuado abastecimiento y atención de la población, lo que será evaluado por la Central, pudiendo negarse sólo cuando no se cumplan los supuestos previstos en la norma o cuando la compra no suponga una ventaja en las condiciones comerciales. En todo caso, Cenabast debe priorizar al efecto las solicitudes de convenios con las empresas de menor tamaño, definidas en la ley N° 20.416¹⁵.

El mismo artículo faculta a Cenabast para acumular la demanda a la de los establecimientos del Sistema.

9. Forma de adquisición de productos farmacéuticos. El nuevo artículo 70 ter, por su parte, faculta a Cenabast para importar, adquirir, almacenar, distribuir, transportar, arrendar y vender los medicamentos, dispositivos médicos y demás productos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y facultades.

El mismo artículo permite, además que, en caso de importaciones, la Central no suscriba un contrato de suministro, bastando la sola aceptación de la orden de compra, o la constitución de garantías de fiel cumplimiento, previa resolución fundada en motivos tales como la insuficiente capacidad de oferta o el desabastecimiento de productos sanitarios, “y en razones de práctica o regulación comercial internacional”.

10. Farmacias autorizadas para adquirir productos comprados por Cenabast. El nuevo artículo 70 quáter exige que las farmacias y almacenes farmacéuticos que opten por intermediar con Cenabast deban solicitar y mantener en existencias, al menos, el Formulario Nacional de

¹⁵ Al efecto, el artículo segundo de esta ley señala: “(...) Para los efectos de esta ley, se entenderá por empresas de menor tamaño las microempresas, pequeñas empresas y medianas empresas.

Son microempresas aquellas empresas cuyos ingresos anuales por ventas y servicios y otras actividades del giro no hayan superado las 2.400 unidades de fomento en el último año calendario; pequeñas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 2.400 unidades de fomento y no exceden de 25.000 unidades de fomento en el último año calendario, y medianas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 25.000 unidades de fomento y no exceden las 100.000 unidades de fomento en el último año calendario (...).”

Medicamentos a que se refiere el Código Sanitario, debiendo vender estos medicamentos de manera preferente al público, y sólo ser reemplazados por un producto equivalente terapéutico o bioequivalente, en el evento de que las personas lo soliciten¹⁶.

A este respecto, destaca lo señalado en el artículo transitorio de la Ley, que establece un mecanismo de entrada gradual de vigencia en relación a lo establecido en el nuevo artículo 70 bis, que se manifiesta en un orden de prelación respecto de las solicitudes de intermediación que se le presenten:

- (a) Hasta 90 días de promulgada la Ley¹⁷:
 - a) Farmacias o almacenes que sean el único expendio de medicamentos en una determinada localidad.
 - b) Farmacias independientes que sean calificadas como empresas de menor tamaño.
- (b) Hasta 12 meses de promulgada la ley: Farmacias pequeñas pertenecientes a cadenas regionales o macrozonales.
- (c) Hasta 24 meses de promulgada la ley: Establecimientos de salud sin fines de lucro y cadenas de farmacias, sin perjuicio de privilegiar aquellas localidades donde la relación habitante/farmacia sea mayor.

Ello quiere decir, H. Tribunal, que - a primera vista - hasta el año 2022, las cadenas de farmacias -que atienden en conjunto más del 90% del segmento minorista- estarán imposibilitadas de acceder a los precios obtenidos por Cenabast producto de la compra centralizada de productos farmacéuticos, que realiza tanto para proveer a diversas farmacias del país, como para abastecer a las instituciones que forman parte del Sistema Nacional de Servicios de Salud; lo que -a nuestro juicio- hace aún más relevante y necesario contar con un pronunciamiento de V.S. sobre la conformidad o no al DL 211 que pudiere tener el trato diferenciado que parecen estar realizando los laboratorios farmacéuticos respecto de los actores que participan en la distribución de medicamentos.

¹⁶ La misma obligación rige para las instituciones o establecimientos de salud sin fines de lucro que intermedien con Cenabast y que formen parte de la red de prestadores de salud, con la especificación de que dichos productos e insumos deben ser administrados de manera obligatoria a los pacientes, salvo que éstos determinen otra cosa.

¹⁷ Entendemos que se refiere a la fecha en la cual fue publicada en el Diario Oficial.

III. APLICACIÓN Y CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DEL TRATO DIFERENCIADO
OBJETO DE ESTE ASUNTO NO CONTENCIOSO

11. Procesos de licitación pública para la adquisición de productos farmacéuticos. Como V.S. conoce, el Estado y particularmente Cenabast -en su calidad de servicio público-, tradicionalmente han llamado a procesos de licitación para la adquisición de productos farmacéuticos y otros afines para el sector público, inicialmente destinados a ser utilizados en establecimientos públicos de salud. Producto de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.198, dicha adquisición se ha hecho extensiva también -en una primera época- en favor de farmacias o almacenes que sean el único expendio de medicamentos en una determinada localidad, y de farmacias independientes que sean calificadas como empresas de menor tamaño, para luego beneficiar a otras farmacias una vez transcurrido 1 o 2 años desde la entrada en vigencia de la Ley, según el tipo de establecimiento de que se trate.

12. Determinación de precios por parte de los laboratorios. En los referidos procesos licitatorios, participan distintos laboratorios farmacéuticos, los cuales -según lo apreciado hasta la fecha pareciera que ofrecen a Cenabast precios notoriamente inferiores a los otorgados a Socofar S.A. y asumimos también a las demás distribuidoras, lo que podría dar cuenta de una diferenciación entre actores públicos y privados, sin que se cuente con certeza de si para ello existe una justificación económica.

Lo anterior es especialmente notorio tratándose de medicamentos de marca y genéricos de marca propia¹⁸, conforme con los análisis preliminares realizados por mi representada y según se indica a modo ejemplar a continuación, sin perjuicio de un análisis más detallado que esperamos entregar a V.S. en la oportunidad procesal pertinente, una vez aportados antecedentes por parte de los demás intervinientes en esta causa.

13. Análisis preliminar realizado por esta consultante. Como primer acercamiento, y con base en datos públicos recientes, Socofar S.A. revisó diversos precios a los que accedió Cenabast mediante procesos licitatorios realizados desde la entrada en vigencia de la Ley N° 21.198 y pudo advertir ciertas disparidades sustantivas en comparación con los precios pagados por mi

¹⁸ En términos sencillos, los medicamentos genéricos son fármacos que salen al mercado una vez caducada la patente del medicamento de marca, que ha tenido una exclusividad de explotación conforme al plazo establecido en las leyes nacionales y/o los tratados internacionales. Dentro de dicho grupo, se encuentran los medicamentos genéricos que por razones comerciales son asociados a una determinada marca comercial.

representada a los laboratorios, por idénticos productos y presentaciones. Se observa, con la información disponible, que las disparidades de precios detectadas -particularmente tratándose de fármacos con nombre de fantasía- parecieran exceder por mucho las eventuales diferencias en las condiciones de comercialización que hipotéticamente las podrían explicar en ciertos casos.

Para comparar estos precios, descargamos las órdenes de compra emitidas por la Central Nacional de Abastecimiento en el periodo enero 2018 a noviembre 2020, desde la plataforma Mercado Público. En esta base se registra principalmente información del producto licitado, adjudicatario, volumen, precios y duración del contrato. Luego, se tomaron los precios resultantes de la licitación y se compararon al costo de Socofar S.A. del mismo producto para el año 2020. A dicho costo se le descotaron otros pagos realizados por el laboratorio respectivo, como inversiones y *rebates*. Y para asegurar una correcta comparación, tomamos el costo por forma farmacéutica, de modo tal que las diferencias en los formatos de compra no sesguen la comparación. Para la comparación de las cantidades, además, consideramos -por experiencia- una licitación estándar de 18 meses, para luego normalizar las cantidades con el fin que reflejen el monto a comprar por Cenabast en 12 meses. Finalmente, esta cantidad la comparamos al *sell-out* de Socofar S.A. para el año 2020.

14. Algunos casos observados. H. Tribunal, solo a modo ejemplar, hemos apreciado que el fármaco *Elvenir*, comercializado por el laboratorio Recalcine, fue licitado a un valor de \$4.800, en circunstancias que el precio de lista que recibió Socofar S.A. en su última compra fue de \$14.489¹⁹. Incluso teniendo en cuenta diversos descuentos que realizó el laboratorio a mi representada, el precio finalmente pagado por ésta correspondió a \$12.580. Es decir, más de dos veces y media el costo pagado por Cenabast. Lo anterior es aún más confuso y difícil de entender, si se considera que el volumen total del fármaco adquirido por Socofar S.A. para su comercialización es de casi 6 millones de unidades, mientras que el monto licitado que obtuvo este precio es menor a las 200 mil unidades.

Otro claro ejemplo se aprecia respecto del fármaco *Glafornil*, comercializado por el laboratorio Merck. Mientras Cenabast adquirió este producto por \$1.710 (formato de 30 unidades, 500 mg), el último costo al que accedió Socofar S.A. -aplicados los descuentos- es de \$5.614 para el

¹⁹ Licitación ID 621-139-LP20.

mismo producto y formato²⁰. Nuevamente, en circunstancias que el *sell-out* anual de este medicamento por parte de Socofar excede con creces a las cantidades licitadas por Cenabast.

Es más, si consideramos medicamentos en los que Cenabast ha licitado cantidades mayores a las que comercializa Socofar S.A., las diferencias serían aún más altas y, a primera vista, no parecerían tener una explicación económica clara. Por ejemplo, en el caso del producto *Insulatard*, comercializado por el laboratorio Novo Nordisk, mientras el precio que obtiene Cenabast es de \$1.950, el último precio al que accedió Socofar S.A., después de descuentos, correspondió a \$17.478²¹.

15. Relevancia que tiene para la industria farmacéutica el precio determinado por los laboratorios. En Chile, y en particular tratándose de fármacos con nombre propio, el costo que el laboratorio cobra por un medicamento constituye el componente más importante de su costo total, tal como la Fiscalía Nacional Económica constató en su Estudio de Mercado de Medicamentos de enero de 2020, y -por ello- dicho costo determina en gran medida el precio final de venta en farmacias.

Ello es también corroborado por diversos otros estudios, como el realizado por los profesores de la Universidad de Chile Aldo González y Roberto Álvarez, que muestra que -al comparar los precios de los fármacos en América Latina- el ranking en los precios cobrados a los consumidores en farmacias se puede explicar precisamente por los precios cobrados por los laboratorios, demostrando el rol fundamental de éstos en los precios al que finalmente acceden los consumidores.

Así, por ejemplo, en la página 3 de dicho estudio -que se acompaña en un otrosí- se señala lo siguiente:

*“En salida de fábrica y a nivel agregado de medicamento, el ranking de países, del más barato al más caro es el siguiente: 1° Argentina, 2° Perú, 3° México, 4° Chile, 5° Colombia y 6° Brasil. En los **productos innovadores** Argentina sería el país más barato y Brasil ocuparía la segunda posición. En **genéricos de marca**, Argentina y luego México tendrían los menores precios. Finalmente, en la categoría de **genéricos puros**, Perú es el país más barato, seguido de Chile.*

²⁰ Licitación ID 621-78-LQ19.

²¹ Licitación ID 621-865-LR19.

Las posiciones relativas de los países no cambian sustantivamente al realizar la comparación en precio a público”^{22/23}.

Por su parte, en su página 9, el referido estudio dispone que:

“En el caso de los precios en salida de fábrica (Tabla 7), se aprecia que en Chile los precios de los medicamentos en su conjunto son superiores a los existentes en Argentina, con una diferencia cercana al 20% y estable en el tiempo. Los precios en Chile son superiores también a los existentes en México y Perú, pero inferiores a los de Colombia y Brasil. En los precios a público final, (Tabla 8), la evidencia es relativamente similar. Chile no tiene precios estadísticamente distintos de Argentina, que es el país base, pero sí serían superiores a los precios de los medicamentos en México y Perú”.

En otras palabras, H. Tribunal, para los efectos de entender cómo se determina el precio de los medicamentos en nuestro país y si ello se condice o no con las normas y principios que rigen la libre competencia, es indispensable primero tener claridad sobre los criterios aplicados para efectos de establecer el costo que los laboratorios entregan por dichos productos a las distribuidoras, farmacias y demás entidades públicas y privadas con las que operan.

16. Eventuales efectos de las disparidades en los precios determinados por los laboratorios, en el segmento de la distribución abierta de productos farmacéuticos. H. Tribunal, mi representada estima que todas las leyes y políticas públicas que, basadas en criterios objetivos de eficiencia económica, se implementen para aumentar la competencia y beneficiar a los consumidores en el mercado farmacéutico, deben cumplirse y promoverse; de manera tal que no existan situaciones que, en el mediano o largo plazo, pueda perjudicar su eficacia.

Es por ello que, considerando que -por una parte- en las compras que Cenabast ha realizado el precio que le otorgan los laboratorios farmacéuticos es considerablemente inferior al precio

²² Los énfasis en esta y otras citas, son nuestros.

²³ Adicionalmente, en la página 12 del citado documento, se indica que: “Nuestros resultados indican que a salida de fábrica y a nivel agregado de remedios, el ranking de países del más barato al más caro es el siguiente: 1° Argentina, 2° Perú, 3° México, 4° Chile, 5° Colombia y 6° Brasil, siendo la posición de Chile no diferente en términos estadísticos de la México. En venta a público final, solo cambian los lugares iniciales del ranking, siendo el más barato Perú, seguido de México y luego Argentina, mientras que el resto de los países mantiene su posición. En cuanto a la magnitud del diferencial de precios, en salida laboratorio la diferencia entre el país más caro y el más barato es de un 54%, valor que alcanzaría a un 60% en salida de farmacia”.

que éstos ofrecen a las empresas distribuidoras que realizan tal actividad económica de manera privada, y que -por otro lado- existen diversos agentes de mercado que ahora están habilitados para hacer sus compras directamente a Cenabast, estimamos relevante la evaluación por parte de V.S. de los criterios que dichos laboratorios aplican al efecto, a fin de contar las empresas distribuidoras con claridad y certeza acerca de la forma que en la práctica se determinan dichos precios, tanto respecto de clientes públicos como privados.

En efecto, dado que -en la práctica- el Estado se ha convertido en un competidor directo de las empresas de distribución y eventualmente podría tener ciertas ventajas irreplicables para éstas, producto de los precios aparentemente preferentes otorgados por los laboratorios farmacéuticos, ello podría afectar en el mediano plazo la viabilidad económica de dichas distribuidoras privadas, a menos que exista claridad -a la luz de la libre competencia- respecto de los criterios aplicados por los laboratorios en esta materia y de las condiciones que empresas como Socofar S.A., Farma7, Toledo, Droguería Ñuñoa, y otras ya referidas, debieran cumplir para acceder a precios y condiciones análogos y seguir compitiendo en el mercado.

17. Eventuales efectos de las disparidades en los precios determinados por los laboratorios, en el segmento de la comercialización a público de productos farmacéuticos. Por otra parte, tal como se indicó y dispone el artículo transitorio de la Ley N° 21.198, no todas las farmacias podrán ser beneficiadas por el precio aparentemente preferente que Cenabast obtiene producto de este nuevo sistema, dilatándose hasta en más de 2 años el posible ingreso de todas ellas -así como también de los establecimientos de salud sin fines de lucro-, con la condición además de que se privilegiará aquellas localidades donde la relación habitante/farmacia sea mayor, lo que podría hacer que los tiempos sean aún más extensos en diversos puntos del país²⁴.

En este sentido, resulta nuevamente relevante conocer con claridad cuáles son los criterios aplicados por los laboratorios farmacéuticos en la determinación de sus precios, esta vez para dilucidar de qué manera las farmacias que no puedan de momento adquirir productos a través de Cenabast, podrían acceder a condiciones competitivas que no las ubiquen en una situación de desmedro respecto de las farmacias actualmente beneficiadas por la Ley N° 21.198, sea

²⁴ Por extensión, los señalados efectos afectarían también a los consumidores que son clientes de las farmacias no beneficiadas, al no acceder a las mismas condiciones a las que acceden los clientes de las farmacias sí beneficiadas. De hecho, en el extremo, existen zonas del país en donde solo existe una Farmacia Cruz Verde (por ejemplo, en Carahue, Teodoro Schmidt, Lumaco, Contulmo, Cochrane, Porvenir y San Pedro de Atacama), de manera que claramente los consumidores de dichas localidades deberán asumir precios mucho más altos a los precios a los que podrían acceder los consumidores del resto del país, sin que exista certeza de si tal situación posee o no justificación económica, conforme a lo que se consulta a lo largo de esta presentación.

que dicha adquisición la puedan hacer directamente ante tales laboratorios, o a través de las empresas de distribución de productos farmacéuticos.

Lo anterior es de suma relevancia, a fin de evitar que estas farmacias queden con precios fuera de mercado y se produzcan condiciones de mercado que puedan afectar de manera negativa la competitividad en el mismo²⁵.

18. Eventuales efectos transversales sobre la industria farmacéutica en general. Desde una perspectiva de eficiencia económica y libre competencia, bienes jurídicos que este H. Tribunal defiende, así como también de bienestar del consumidor, resulta importante entender si V.S. estima acorde o no al DL 211 que los laboratorios puedan cobrar precios diferentes - aparentemente sin justificación económica- entre el intermediario estatal y otros distribuidores privados, dado que las magnitudes de las diferencias observadas hace muy difícil la sobrevivencia y especialmente la entrada de distribuidoras independientes en el mercado, lo que a mediano y largo plazo podría dificultar el acceso y cobertura a aquellos lugares del país a los que Cenabast -por restricciones logísticas o de capacidad- no llegue.

Lo anterior, incluso, adquiere mayor relevancia tratándose de aquellos medicamentos que no están cubiertos por la Ley Cenabast y que son imprescindibles para muchos consumidores. Es más, un escenario en que la compra y distribución de fármacos se concentre en un servicio del Estado también podría dejar al mercado en una situación en que cualquier falla de este organismo afectaría el abastecimiento nacional de medicamentos de forma grave.

Por su parte, como bien explica la FNE en su Estudio de Mercado, y lo ha ratificado ante el Congreso Nacional durante la tramitación de la Ley de Fármacos II, los laboratorios gozan de un poder de mercado que se manifiesta, por ejemplo, en la comercialización directa o indirecta de productos a aquellas farmacias que tienen una demanda por determinadas marcas de fármacos, lo que no ocurre necesariamente cuando es el Estado el que realiza análogas compras mediante licitaciones. Ello explicaría, a juicio de la misma Fiscalía, el sobrecobro detectado de entre un 60% y un 70% en los precios fijados por los laboratorios farmacéuticos, dependiendo la base de comparación.

²⁵ Dicha situación podría adquirir mayor relevancia, si se considera que en la actualidad está autorizada la venta de productos farmacéuticos vía *on line*, de modo que podrán constituirse farmacias u otros establecimientos para tales fines, que requerirán una reducida infraestructura para funcionar y que nacerán como empresas de menor tamaño, beneficiarias de la Ley Cenabast, pudiendo dispensar medicamentos a precios muy inferiores a los de las cadenas, lo que les podría otorgar participaciones de mercado relevantes en un corto plazo, aunque sin los costos regulatorios que tienen las farmacias físicas, permanentemente fiscalizadas por el Ministerio de Salud y el ISP.

Así las cosas, en caso de que este H. Tribunal se pronuncie sobre la situación de cobro de precios diferenciados entre los clientes públicos y privados de los laboratorios debiera servir como medida para dar certeza y sostenibilidad al mercado de la distribución farmacéutica y a los mercados conexos al mismo, lo que también permitirá viabilizar y extender en el tiempo los beneficios de políticas tan relevantes como la ley Cenabast, y en paralelo beneficiar a todos los consumidores en forma equitativa.

19. A modo de corolario. A partir de la información disponible, Socofar S.A. no está en condiciones de establecer si la diferenciación constatada por la FNE en su Estudio de Mercado constituye o no una discriminación arbitraria, sin perjuicio de contar con indicios de que esta misma clase de diferenciación se estaría produciendo por parte de los laboratorios que han ofertado sus productos al Estado y particularmente a Cenabast a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.198, sin que exista claridad respecto a cuáles son los criterios objetivos que justifican dicha disparidad.

En todo caso, H. Tribunal, conforme a los análisis preliminares realizados por mi representada, tampoco es posible apreciar la existencia de volúmenes de compra que justifiquen tal diferenciación y, por el contrario, se desprende que éstos debieran *a priori* producir efectos en un sentido contrario.

De ahí la relevancia de los presentes autos, ya que -sin perjuicio de otras consideraciones que pudieren derivar del Estudio de la FNE- en este mercado podrían estar produciéndose distorsiones competitivas por el solo hecho de que -en la práctica- los laboratorios farmacéuticos estarían ofreciendo sus productos de manera diferenciada entre sus clientes privados -como mi representada- y públicos -como Cenabast-.

IV. PROCEDENCIA DEL PRESENTE ASUNTO NO CONTENCIOSO

20. Artículo 18 N°2 del DL 211. Como el H. Tribunal conoce, de acuerdo con lo previsto en el N° 2 del artículo 18 de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, quienes dispongan de interés, pueden dar inicio a un procedimiento no contencioso solicitándole a V.S. que conozca de *“los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos”*.

La mencionada potestad del H. Tribunal tiene el carácter de administrativa²⁶, y por lo mismo se ha dicho que en estos procedimientos no existe propiamente un conflicto, de manera que no se imputa a uno o más sujetos concretos la ejecución de un comportamiento contrario a la libre competencia para efectos de sancionarlos, sino que se pone en conocimiento del S.S. su existencia con la finalidad de que declare, con efectos a futuro, la conformidad de estos con la libre competencia y, en su caso, adopte las medidas preventivas o correctivas que estime convenientes. Lo anterior, con miras a entregar certeza y claridad acerca de determinadas situaciones que podrían afectar la libre competencia, tal como ocurre en la especie en relación a mi representada y sus competidoras en el mercado de distribución mayorista de medicamentos²⁷.

21. Naturaleza no contenciosa del asunto sometido al conocimiento del H. Tribunal. Tal como se ha descrito en este libelo, Socofar S.A. no pretende imputar a los laboratorios farmacéuticos conducta anticompetitiva alguna, sino que -de buena fe- somete a consideración de V.S. el sistema de comercialización diferenciado implementado por ellos, a efectos de que se emita un pronunciamiento a su respecto a la luz del DL 211 y que -si el H. Tribunal lo estima necesario- se fijen las condiciones que deban ser cumplidas en esta materia. Ello, en orden a obtener claridad y certeza respecto de los criterios aplicados -en los hechos- por los laboratorios farmacéuticos en la determinación del precio de sus productos a clientes públicos y privados, y la conformidad o no de dicha aplicación práctica con la libre competencia.

En tal sentido, H. Tribunal, el presente asunto no contencioso tiene análoga finalidad, por ejemplo, a lo consultado en su oportunidad en los autos caratulados "*Consulta de Farmacia Cruz Verde S.A. sobre Merchant Discount de Transbank S.A.*", Rol NC N°435-16, los que -además de ser acogidos a tramitación por S.S.- dieron origen en primer término a la Resolución N°53/2018, de 5 de septiembre de 2018, y luego a la Sentencia de la Excm. Corte Suprema de fecha 27 de diciembre de 2019, en los autos Rol Ingreso Corte 24.828-2018.

²⁶ Excm. Corte Suprema, 29 de enero de 2016, rol 30.190- 2014: "*en el caso de una consulta antimonopólica no existe un conflicto o litis trabada entre las partes en las que estas reclaman ante un tribunal que mediante una sentencia ponga fin a la controversia por la vía de decir el derecho de cada una de ellas. Si bien el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia aclara si la conducta consultada es jurídica o antijurídica en relación con la libre competencia, la potestad consultiva no es jurisdiccional, puesto que falta la controversia entre partes que exigen un justo arreglo. Lo que caracteriza esta potestad consultiva es determinar si un hecho, acto o contrato consultado pugna con la libre competencia en un mercado relevante específico*".

²⁷ La Excm. Corte Suprema en la sentencia de 29 de enero de 2016 en los autos rol 30.190- 2014 dejó dicho que "*no siendo el objetivo de la consulta reprimir conductas consideradas ilícitas sino que, si correspondiere, establecer condiciones para que el desempeño de tales actividades se realice de manera más acorde con la normativa de la libre competencia*".

22. Cumplimiento de requisitos de admisibilidad del presente asunto no contencioso. Así las cosas, y conforme a lo señalado, no cabe duda que la Consulta sometida a conocimiento de V.S. reúne los requisitos necesarios para iniciar la tramitación de un asunto no contencioso en los términos referidos por el artículo 18 N°2 del DL 211; a saber:

- (i) *La materia propuesta corresponde a un asunto no contencioso*, dado que no existe controversia entre partes y sólo se solicita a V.S. una declaración respecto de si -en los hechos- el trato otorgado por los laboratorios farmacéuticos que operan en el mercado, en la determinación del precio de sus productos a clientes públicos y privados que participan en el segmento de distribución farmacéutica, se encuentra o no conforme con la libre competencia, de acuerdo a las condiciones involucradas en el mercado relevante concreto señalado en esta presentación^{28/29}.

- (ii) *Los hechos, actos o contratos consultados están por celebrarse.* En efecto, si bien se presentan algunos ejemplos respecto de las diferencias detectadas hasta la fecha, y la práctica que se examina es una que ya constató la FNE, el presente asunto no contencioso tiene como propósito determinar la conformidad o no con la libre competencia de aquellos hechos, actos o contratos que se realicen a futuro en el mismo sentido planteado en este libelo. Es decir, no pretende este asunto juzgar infraccionalmente lo realizado hasta ahora, sino determinar si su realización en lo sucesivo se encuentra o no conforme con el DL 211 de acuerdo a las condiciones de mercado involucradas y teniendo particularmente en cuenta las modificaciones introducidas al mercado por la Ley 21.198, estableciéndose -si procediere- las condiciones que los laboratorios farmacéuticos deberán cumplir a este respecto.

- (iii) *Se solicita fijar condiciones preventivas.* En efecto H. Tribunal, y derivado de lo anterior, las eventuales medidas solicitadas por Socofar S.A. en este expediente tienen como finalidad una aplicación en lo sucesivo y están "*destinadas a evitar infracciones a la libre*

²⁸ Ello cumple con lo exigido expresamente por la Excm. Corte Suprema sobre esta clase de asuntos, por ejemplo, en el considerando 7° de la Sentencia Rol N°1324-2015, de 25 de agosto de 2015, dictada en autos sobre reclamación caratulados "Transportes Delfos Limitada con SCL Terminal Aéreo de Santiago S.A. y Otras".

²⁹ En el mismo sentido, la Excm. Corte ha sido clara en establecer que en caso de someter al conocimiento de este H. Tribunal "*una situación que podría eventualmente menoscabar la libre competencia y que requiere enmendar tal vulneración si procediere, sin proponer la aplicación de sanciones, ha de tramitarse conforme al procedimiento regulado en el artículo 31 de este último cuerpo legal*" (Sentencia de 29 de enero de 2016, en autos Rol Corte 30.190-2014, consid. 5°).

competencia, y no a juzgar responsabilidad", tal como la Excma. Corte Suprema también ha expresado en sus fallos³⁰ y que, de aplicarse, generarán efectos hacia futuro.

- (iv) *Existe un interés legítimo por parte de Socofar S.A.*, lo cual se ha demostrado y detallado a lo largo de toda esta presentación. De este modo, se cumple con el estándar que sobre este punto ha señalado de manera reiterada la Excma. Corte Suprema, en cuanto a que a la consultante *"el acto le afecte de alguna forma"*³¹.

V. CONSIDERACIONES FINALES

23. A modo de síntesis. H. Tribunal, conforme a las facultades que el DL 211 confiere a V.S., los antecedentes que fundamentan la interposición del presente asunto no contencioso debieran ser de sencilla recopilación y comprobación y, más allá de un cumplimiento formal a disposiciones tales como la Ley N° 21.198 y otras atinentes, Socofar S.A. estima indispensable que V.S. determine si el trato diferenciado otorgado por los laboratorios farmacéuticos en la determinación del precio de sus productos a clientes públicos y privados que participan en el segmento de distribución farmacéutica, es o no acorde al referido Decreto Ley y a criterios objetivos, generales, uniformes, no discriminatorios y económicamente justificados, según ha establecido S.S. en otros casos³².

De no estimarlo acorde a la libre competencia, consideramos indispensable que V.S. establezca las medidas necesarias para evitar que tal situación de mercado siga produciéndose, para cuya determinación este H. Tribunal dispone de amplia competencia, aplicando remedios tales como el deber de los laboratorios de establecer tablas objetivas, transparentes, uniformes y no discriminatorias, tanto de precios como de descuentos por volúmenes u otros, sin diferenciar injustificadamente entre tipo de clientes. Lo anterior, en todo caso, es sin perjuicio de las demás condiciones que este H. Tribunal estime pertinentes que deban ser cumplidas en este mercado para efectos de dar plena observancia a la letra y el espíritu del DL 211.

POR TANTO, de conformidad con lo expuesto, disposiciones citadas y demás aplicables,

³⁰ Considerando 7° de la Sentencia dictada en Rol Ingreso Corte 1324-2015, de 25 de agosto de 2015.

³¹ Considerando 8° de la Sentencia dictada en Rol Ingreso Corte 1324-2015, el que se hace referencia además al Rol Ingreso Corte 4384-2008.

³² A modo ejemplar, H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Resolución N°43, y autos Rol NC-483-2020.

AL HONORABLE TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA SOLICITO: Que, en ejercicio de las atribuciones que le confieren los artículos 18 N° 2 y 31 del DL 211, se pronuncie acerca de si -en los hechos- el trato diferenciado otorgado por los laboratorios farmacéuticos en la determinación del precio de sus productos a clientes públicos y privados que participan en el segmento de distribución farmacéutica, se encuentra o no conforme con la libre competencia, de acuerdo a las condiciones de mercado involucradas; estableciendo -si procediere- las condiciones que las aludidas empresas deberán cumplir a este respecto.

PRIMER OTROSÍ: Solicito se sirva el H. Tribunal tener por acompañados los siguientes documentos, bajo los apercibimientos legales correspondientes:

1. Estudio de Mercado sobre Medicamentos (EM03-2018), elaborado por la División de Estudios de Mercado de la Fiscalía Nacional Económica, de enero de 2020.
2. Informe económico titulado “Análisis Comparativo de Precios de Medicamentos en América Latina”, de los autores Roberto Álvarez y Aldo González, de mayo de 2018.
3. Resolución Exenta N° 2719, de la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, de fecha 23 de abril de 2019, relativa a la licitación ID 621-78-LQ19, señalada a modo ejemplar en el cuerpo de este libelo.
4. Resolución Afecta N° 059, de la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, de fecha 26 de febrero de 2020, relativa a la licitación ID 621-865-LR19, señalada a modo ejemplar en el cuerpo de este libelo.
5. Resolución Exenta N° 1569, de la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, de fecha 13 de abril de 2020, relativa a la licitación ID 621-139-LP20, señalada a modo ejemplar en el cuerpo de este libelo.

SEGUNDO OTROSÍ: Sírvase ese H. Tribunal tener presente que mi personería para actuar en representación de **SOCOFAR S.A.** consta en escritura pública de mandato judicial, otorgada con fecha 9 de enero de 2020, ante la 10° Notaría de Santiago, de doña Valeria Ronchera Flores, repertorio N° 229-2020 del mismo año, copia autorizada de la cual acompaño.

TERCER OTROSÍ: Sírvase ese H. Tribunal tener presente que designo abogados patrocinantes y confiero poderes a don **Cristián R. Reyes Cid**, habilitado para el ejercicio de la profesión, domiciliado en avenida Los Libertadores N° 1700, piso 16, Providencia, Santiago, correo electrónico creyes@aninat.cl, con todas y cada una de las facultades contempladas en los incisos 1° y 2° del artículo 7° del Código de Procedimiento Civil, y que firma en señal de aceptación.

SERGIO
ALEJANDRO
ROJAS
BARAHONA

Firmado digitalmente por
SERGIO ALEJANDRO
ROJAS BARAHONA
Fecha: 2021.02.25
23:00:04 -03'00'

Firmado digitalmente por
CRISTIAN RODRIGO REYES CID
Fecha: 2021.02.25 23:04:06
-03'00'