

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

RESOLUCIÓN N° 12 /2006.

Santiago, trece de junio de dos mil seis.

PROCEDIMIENTO: NO CONTENCIOSO

ROL: NC N° 114-06

SOLICITANTE: ASOCIACIÓN INDUSTRIAL DE
LABORATORIOS FARMACÉUTICOS
CHILENOS - ASILFA A.G.-

OBJETO: SOLICITUD DE MODIFICACIÓN DE
RESOLUCIÓN N° 634, DE 5 DE
DICIEMBRE DE 2001, MODIFICADA POR
LAS RESOLUCIONES NÚMEROS 638, DE
16 DE ENERO DE 2002 Y 729, DE 12 DE
ABRIL DE 2004, TODAS DE LA H.
COMISIÓN RESOLUTIVA

VISTOS:

1. Con fecha 19 de enero de 2006, mediante presentación que rola a fojas 05 de autos, la Asociación Industrial de Laboratorios Farmacéuticos Chilenos A.G., en adelante Asilfa A.G. o solamente Asilfa, solicitó a este Tribunal que, en virtud de la facultad que le confiere el artículo 18° números. 2) y 3) del Decreto Ley N° 211 (DL 211), modifique la Instrucción de Carácter General dictada por la H. Comisión Resolutiva por medio de su Resolución N° 634, de 5 de diciembre de 2001, modificada por las Resoluciones números 638, de 16 de enero de 2002 y 729, de 12 de abril de 2004, en virtud de las siguientes consideraciones:

1.1. Que los laboratorios asociados a Asilfa representan un porcentaje mayoritario de todo el mercado farmacéutico nacional.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.2. Que una parte de los asociados de Asilfa orienta principalmente su quehacer societario a satisfacer las necesidades de insumos médicos y hospitalarios al sistema público.

1.3. Que el actual texto vigente de la indicada Resolución N° 634 y sus modificaciones establece: i) La obligación de los laboratorios de producción farmacéutica, droguerías, depósitos, centrales de distribución e importadores de productos farmacéuticos, de medicamentos u otros artículos del rubro, de mantener permanentemente a disposición de sus clientes, en forma actualizada, íntegra, expedita y clara, toda la información y antecedentes respecto de tales productos, medicamentos y artículos, en relación a sus condiciones de comercialización, precios, descuentos por volumen, formas de pago, garantías o cualquier otra modalidad, así como sus variaciones. Todo lo anterior mediante pizarras, informativos murales u otros medios similares, ubicados en lugares visibles en sus oficinas y sucursales; ii) Toda esta información debe ser actualizada permanentemente y difundida mediante página web o portal electrónico accesible a internet, si los tuvieren; iii) Todo lo anterior aún cuando den a conocer sus precios y condiciones de comercialización por correo u otros medios, o tengan la información a disposición del público en sus oficinas; iv) Los proveedores deben mantener en sus páginas web, si las tuvieren, una lista actualizada de los productos que producen o importan y comercializan en Chile. Dicha lista debe incluir columnas que indiquen a lo menos: a) Denominación genérica del producto si correspondiere; b) Marca comercial o de fantasía del producto; c) Precio por la unidad, envase o presentación que corresponda, con o sin IVA, indicándose expresamente; d) Precios y duración de las ofertas temporales por tipo de producto, si las hubiere; v) Condiciones de crédito y descuentos que concedan a sus clientes, especificando a lo menos: a) Tasa de interés, por plazo; b) La eventual inclusión de otros cobros permitidos; c) Tabla con las condiciones de crédito y descuentos por plazo, pronto pago, volumen de compra y otros criterios, si correspondiere; d) Los descuentos no se indicarán en forma genérica, sino estableciendo una escala de volúmenes con sus correspondientes porcentajes de descuento; del mismo modo, se especificará qué período se entenderá por pronto pago que se entenderá por cualquier otro criterio que dé lugar a descuentos, si fuere el caso. vi) Los proveedores deberán facturar en forma específica y separada de otros

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

pagos, los que efectúen a las farmacias por concepto de comercialización (vitrinaje, promociones u otros).

1.4. Que los motivos por los que solicita la modificación de la Resolución N° 634 es que ésta fue establecida para propender a la necesaria transparencia en el funcionamiento del mercado de productos farmacéuticos, el que principalmente está constituido por farmacias o cadenas de farmacias.

Sin embargo, operan en Chile una serie de laboratorios farmacéuticos que, por los productos que fabrican y comercializan y el mercado en el que participan, no influyen de manera alguna en el de las farmacias o cadenas de farmacias, pero a los que, igualmente, se les exige el cumplimiento de la resolución en cuestión.

1.5. Que legalmente los productos farmacéuticos sólo pueden venderse a público en farmacias, por lo que el mercado al que los laboratorios farmacéuticos dirigen sus productos corresponden a: i) Las farmacias y cadenas de farmacias; ii) Los clientes extranjeros; iii) Las clínicas privadas y, iv) Los hospitales públicos y Servicios de Salud del país que normalmente son representados y adquieren sus productos a través de la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, Cenabast;

1.6. Que es el primero de los mercados señalados en el número anterior, esto es, el de farmacias o cadenas de farmacias, el que pretendió proteger la H. Comisión Resolutiva con sus instrucciones generales de la Resolución 634 y sus modificaciones, por lo que son los Laboratorios que operan en él los que deben cumplirla a cabalidad. Exigir su cumplimiento a proveedores de los otros mercados implica imponerles una carga y/o gravamen de magnitudes, lo que se traduce en un grave perjuicio comercial.

1.7. Que los laboratorios que exportan parte de su producción a mercados internacionales, por el cumplimiento de la resolución en comento se ven obligados a uniformar y homogenizar sus listas de precios a distintos mercados externos que pueden ser muy disímiles, con distintos riesgos de cobranza. La información de precios y condiciones de comercialización de estos laboratorios son accesibles por medio de sus páginas web, por lo que les resulta imposible cobrar precios diversos a los distintos clientes

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

extranjeros, lo que constituye un gravamen al libre comercio de sus productos.

1.8. Que para los laboratorios que pertenecen a Asilfa y comercializan sus productos principalmente al Fisco de Chile, a través de Cenabast, la imposición de las exigencias de la Resolución N° 634 es un gravamen, toda vez que Cenabast adquiere los productos por medio de licitaciones públicas a través del portal electrónico de www.chilecompra.cl. En estas licitaciones compiten con laboratorios nacionales y extranjeros (a quienes no es aplicable la resolución si no poseen sucursales, agentes o exportadores en el país). Al momento de participar en esos procesos, los valores de lista de sus productos son públicos perjudicando sus ofertas, otorgando ventajas a sus competidores y deteriorando su relación con el ente licitante. La magnitud de las licitaciones de Cenabast hace imposible aplicar a ellas las listas de precios vigentes de los laboratorios.

1.9. Que, por su parte, los laboratorios asociados a Asilfa que comercializan sus productos a clínicas privadas y centros de diálisis, compiten con desventaja en licitaciones privadas llamadas por estas instituciones, toda vez que por serles aplicables las instrucciones generales en comento, sus competidores conocen con anticipación los precios con los que dichos laboratorios participarán en los procesos licitatorios.

1.10. Que, adicionalmente, algunos asociados de Asilfa elaboran productos de uso hospitalario y en presentación de envase clínico, los que habitualmente sólo se venden en farmacias o botiquines de clínicas determinadas. En esos casos, el precio de venta de esos productos se negocia directamente con dichos establecimientos, apartándose de la lista de precios que debe mantener el laboratorio.

1.11. Que, por lo expuesto, solicitan a este Tribunal que modifique las instrucciones contenidas en la Resolución N° 634 y sus modificaciones en el sentido de:

i) Disponer que en el futuro tales instrucciones sean aplicables sólo a los laboratorios de producción farmacéutica, droguerías, depósitos, centrales de distribución e importadores de productos farmacéuticos, de medicamentos u otros artículos del rubro, cuyas ventas que realizan a farmacias o cadenas de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

farmacias, surtas a lo largo del país, sea superior a un 10% del total de la venta anual del laboratorio. ii) Eliminar la obligación de publicar la lista de precios y demás condiciones de comercialización en las respectivas páginas web que mantienen los laboratorios de producción farmacéutica y, subsidiariamente, solicita a este Tribunal que modifique en los términos que estime convenientes las referidas instrucciones.

2. A fojas 34 y con fecha 16 de marzo, la Cámara de la Industria Farmacéutica A.G. realizó una presentación en la que manifiesta su visión de la solicitud de autos, la que en síntesis es la siguiente:

2.1. Que comparte la argumentación de Asilfa respecto de la inconveniencia comercial de publicitar los precios en las páginas web, toda vez que posibilita la competencia desleal de algunos proveedores extranjeros que no tienen representación en Chile.

2.2. Que también comparte lo argumentado por Asilfa en torno que la venta a público por parte de los laboratorios está prohibida por ley y que, por tanto, éstos venden sus productos a farmacias, hospitales, clínicas y al Fisco. Además en Chile los productos farmacéuticos no son intercambiables ya que son prescritos por un médico, por lo que el paciente no tiene acceso a elegirlos libremente.

2.3. Que, por lo expuesto, la Cámara de la Industria Farmacéutica A.G. está de acuerdo con lo solicitado por Asilfa en orden a eliminar de la Resolución N° 634 la obligación de publicar en las respectivas páginas web los precios de los medicamentos y condiciones de venta mayorista, y mantener las demás estipulaciones de dicha resolución. No obstante, estima que ello debiera regir para todos los proveedores de medicamentos y no sólo para algunos, con el fin de eliminar discriminaciones sin una base de equidad.

3. A fojas 36 rola una presentación efectuada el día 17 de marzo de 2006 por don Raúl Álvarez Vázquez, en su calidad de propietario de la farmacia "Pudahuel" y presidente de la Unión de Dueños de Farmacias de Chile, Unfach, quien solicita que no se dé curso a la petición de Asilfa en razón de las siguientes consideraciones:

3.1. Que la Resolución N° 634 fue la culminación de muchos años de peticiones para transparentar el mercado farmacéutico, el que es muy

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

imperfecto, toda vez que el 96% del mismo se concentra en tres cadenas de farmacias. Además, no se ha constatado que se dé cumplimiento a las instrucciones generales que contiene dicha resolución.

3.2. Que el conocimiento público de los precios en nada afecta las licitaciones de medicamento convocadas por el Estado o los hospitales, ya que éstas no tienen como objetivo el comercio, esto es la venta al minoreo en ninguna fase de su distribución.

3.3. Que las listas de precios que deben exhibir laboratorios y otras distribuidoras corresponden a transacciones entre privados con las limitaciones del mercado local en cada caso, lo que permite alguna transparencia en el mercado y una justa competencia entre pares.

3.4. Que si algún laboratorio que se presente a licitaciones quisiera vender al minoreo a farmacias, hospitales o distribuidoras, deberá acatar la Resolución N° 634.

3.5. Que no comprende la preocupación de Asilfa respecto a que la competencia conozca el precio lista de los productos de algunos de sus miembros que participan en licitaciones, pues estos procesos son públicos y los costos son conocidos en la industria.

3.6. Que, en definitiva, considera que la modificación de la Resolución en comento dañará el mercado farmacéutico por lo que manifiesta su oposición a dicha modificación.

4. A fojas 43, Asilfa acompañó las publicaciones realizadas con fecha 24 de enero y 1 de febrero del presente año, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31° del Decreto Ley N° 211, para dar publicidad a la consulta de autos y permitir que los legítimos interesados aporten antecedentes respecto de la misma.

5. A fojas 46 corre el informe de la Fiscalía Nacional Económica, en adelante también FNE, presentado con fecha 10 de abril de 2006 en la que expone, en síntesis lo que sigue:

5.1. Que la Resolución N° 634 y sus modificaciones fueron dictadas para reforzar y cautelar la competencia en el mercado de productos farmacéuticos, en especial en las condiciones de comercialización de los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

laboratorios, droguerías y, en general, de los proveedores de medicamentos a farmacias y distribuidoras. Se buscó garantizar la suficiencia, veracidad, oportunidad y disponibilidad que la información sobre precios y condiciones de comercialización de estos proveedores sean objetivas, públicas y no discriminatorias.

5.2. Que respecto a los mercados internacionales, la FNE opina que las instrucciones generales no se aplicarían, pues sólo tienen alcance para el territorio nacional. Por ello, bastaría con informar a los clientes extranjeros que las condiciones de comercialización y los precios sólo se aplican a productos comercializados en Chile.

5.3. Que respecto de las licitaciones públicas y privadas, cabe hacer presente que el espíritu de la Resolución en comento es propender a la necesaria información y transparencia del mercado de productos farmacéuticos, para que los canales de distribución (farmacias y distribuidores mayoristas), puedan competir en condiciones más equitativas, por lo que no es razonable que esas instrucciones se apliquen a las licitaciones públicas o privadas con destinatarios distintos.

5.4. Que respecto a los laboratorios extranjeros, la FNE considera que las instrucciones en cuestión sólo se aplican a aquellos que venden sus productos en Chile y cuentan con sucursales, agentes o importadores en el país.

5.5. Que cualquier otra excepción a las instrucciones generales socava sus fundamentos, ya que introduce incertidumbre en el mercado, dando pie a arbitrariedades y discriminaciones respecto de algunos agentes.

5.6. Que reformar la Resolución N° 634 sería un retroceso en el proceso de transparentar los precios y las condiciones de comercialización de este mercado.

5.7. Que acceder a la petición de Asilfa en orden a que se sujete el cumplimiento de las instrucciones generales a un determinado porcentaje de ventas a las farmacias, agregaría un innecesario elemento de incertidumbre respecto de la obligatoriedad de la normativa para los laboratorios farmacéuticos y haría más costosa su fiscalización, sin que ello conlleve un beneficio para el mercado en su conjunto. Ello por el dinamismo del mercado

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

y la dificultad para fiscalizar qué porcentaje de las ventas de los laboratorios se realizan a farmacias en distintos períodos.

5.8. Que no es adecuado acceder a que los precios y condiciones de comercialización no sean publicados en los sitios web, ya que ello lesionaría las condiciones de transparencia introducidas, especialmente respecto de las relaciones comerciales entre laboratorios y canales de distribución. Además la exigencia en cuestión es beneficiosa para el desarrollo del comercio electrónico en las mismas condiciones de información que a través de los canales tradicionales.

5.9. Que en atención a todo lo expuesto, la FNE considera plausible, para efectos de evitar inconvenientes a los laboratorios farmacéuticos nacionales, que se aclaren las instrucciones generales sólo al tenor de lo expresado acerca de las licitaciones y precios internacionales.

6. A fojas 58 Asilfa acompañó, con fecha 8 de mayo de 2006, las publicaciones que llaman a audiencia pública, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 31° del DL 211, las que se efectuaron los días 28 de abril y 3 de mayo del presente año.

7. A fojas 68 corre la presentación realizada con fecha 15 de mayo de 2006 por la Asociación Nacional de Cadenas de Farmacias A.G., en adelante Anacaf, en la que dicho organismo expone, en síntesis, lo siguiente:

7.1. Que cuestiona la diferenciación que realiza Asilfa entre mercado farmacéutico privado, de clientes extranjeros, de clínicas privadas y otro público o institucional, por tratarse de un distingo artificial que no se basa en ningún hecho, antecedente, calidad o premisa normativa. Además, todos los participantes de esos supuestamente distintos mercados actúan como sujetos de derecho privado, de acuerdo con el artículo 19 N° 21 de la Constitución.

7.2. Cualquier órgano estatal, incluido Cenabast, debe regirse por la Ley N° 19.886 que instaura el sistema de compras públicos y Chilecompras, que prescribe que la administración adjudicará los contratos que celebre mediante licitación pública, privada o contratación directa. Sin embargo en estos casos, las relaciones comerciales entre el Estado y otros agentes se

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

rigen por el derecho común y deben sujetarse a la legislación de defensa de la competencia.

7.3. Que ya sea en el mercado público, institucional o privado, es aplicable el DL 211. Por ello, considera que no tiene sentido exceptuar de los preceptos de la Resolución N° 634 a la industria farmacéutica que abastece sólo al denominado mercado público o que sólo participa en licitaciones, públicas o privadas, pues hacer distinciones de este tipo no tiene sustento.

7.4. Que sustentar un criterio distinto al expresado implicaría entregar un tratamiento diferenciado al mercado institucional respecto del privado, en materia de transparencia en las condiciones comerciales, listados de precios, etc. Además, abriría un espacio a la discriminación de precios de compra en desmedro del mercado privado a iguales escalas. Podría producir también una eventual distorsión de precios como consecuencia del reingreso de productos al canal de distribución, adquiridos éstos a precios ventajosos en virtud de una licitación.

7.5. En consecuencia, cualesquiera sean las modificaciones que este Tribunal introduzca a la Resolución N° 634, éstas no deben sustentarse en un distinguo entre mercado farmacéutico privado, mercado farmacéutico público y clínicas privadas, pues el mercado es uno solo. Tampoco cabe distinguir entre mercado farmacéutico que licita sus adquisiciones y el que no lo hace. Tales distinciones pueden dar lugar a discriminaciones arbitrarias y resultar en atentados a la libre competencia.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

Primero. Que la asociación Industrial de Laboratorios Farmacéuticos Chilenos A.G., en adelante Asilfa, solicitó a este Tribunal la modificación de la Resolución N° 634, de 5 de diciembre de 2001, modificada por las Resoluciones números 638, de 16 de enero de 2002 y 729, de 12 de abril de 2004, que establece instrucciones de carácter general sobre difusión de condiciones de comercialización para laboratorios de producción farmacéutica, droguerías, depósitos, centrales de distribución e importadores de productos farmacéuticos, en el sentido de disponer que:

a) En el futuro tales instrucciones generales sean sólo aplicables a las empresas del giro reseñado cuyo porcentaje de ventas anuales a las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

farmacias y cadenas de farmacias ubicadas a lo largo del país, sea superior a un 10% del total de sus ventas anuales; y,

b) Se elimine la obligación de publicar las listas de precios y demás condiciones de comercialización de las respectivas páginas web que mantienen los laboratorios de producción farmacéutica;

Segundo. Que los fundamentos en los que Asilfa basa su solicitud son, en síntesis, que el cumplimiento de estas instrucciones ocasiona a algunos de sus afiliados graves perjuicios comerciales cuando operan en el mercado exterior o en los casos en que participan en licitaciones para proveer en Chile sus productos a clínicas privadas o al sistema hospitalario público. Lo anterior, en razón de que sus precios y condiciones de comercialización son públicos, y, por tanto, susceptibles de ser conocidos de antemano por posibles clientes, competidores y licitantes;

Tercero. Que en primer término, este Tribunal considera necesario tener en cuenta que el fin último de la Resolución N° 634 y sus modificaciones, es lograr mayor competencia en el mercado de venta de productos farmacéuticos a consumidores finales. Para lograr este objetivo, dicha Resolución impone el cumplimiento de condiciones de publicidad de precios a los laboratorios y distribuidores mayoristas de dichos productos, debido a que se considera que de esta forma se logra una fiscalización menos costosa. Así, se obtiene un resultado más efectivo en cuanto a lograr mayor transparencia y a mejorar las posibilidades de las farmacias más pequeñas de competir en igualdad de condiciones con las cadenas de farmacias que controlan un porcentaje mayor del mercado, respecto de la situación en ausencia de la Resolución;

Cuarto. Que por otro lado no existen en autos antecedentes que acrediten que se ha producido un cambio tal en la estructura del mercado de productos farmacéuticos que justifique una modificación sustancial de la Resolución N° 634;

Quinto. Que este Tribunal concuerda con lo expuesto por la Fiscalía Nacional Económica al evacuar su informe, en orden a considerar inadecuado realizar las modificaciones solicitadas por Asilfa, toda vez que podrían introducir innecesariamente un elemento de incertidumbre. En

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

efecto, sería necesario determinar caso a caso la aplicabilidad de la Resolución 634 en un mercado dinámico. Lo anterior aumentaría, sin motivo alguno, en forma sustancial los costos y dificultades de monitoreo de su cumplimiento;

Sexto. Que en lo concerniente a los eventuales perjuicios comerciales ocasionados por las circunstancias descritas en el considerando segundo, de la lectura de la resolución 634, en particular de su consideración introductoria y su número 3°, es posible colegir que el espíritu y sentido de la instrucción de carácter general es establecer condiciones de transparencia en las relaciones comerciales de los laboratorios y demás proveedores señalados con los canales de distribución, con el fin de asegurar condiciones mínimas de competencia en el mercado farmacéutico. En consecuencia, no deben entenderse referidas a la comercialización de productos farmacéuticos destinada a satisfacer la demanda de centros hospitalarios públicos o privados.

Séptimo. Que, asimismo, es claro que las instrucciones contenidas en la resolución en cuestión sólo rigen para el territorio nacional y, por tanto, no deben hacerse extensivas a los precios y condiciones comerciales relativas al comercio internacional.

Octavo. Que sería contradictorio con el estado de avance actual de las tecnologías de la información y su extendida utilización en las relaciones comerciales, eliminar la obligación de publicar en las páginas web de los laboratorios de producción farmacéutica y otros proveedores que comercializan al por mayor los productos respectivos, la lista de precios y demás condiciones de comercialización. Por el contrario, este Tribunal considera indispensable para incrementar la efectividad de las instrucciones en cuestión y facilitar la fiscalización de su cumplimiento, que todas las empresas proveedoras de productos farmacéuticos a las que se refiere la Resolución 634 creen y mantengan una página *web* donde se publique la información determinada en dicha resolución.

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 18°, número 2), y 31° del texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, publicado en el Diario Oficial de fecha 7 de marzo de 2005,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SE RESUELVE: no hacer lugar a la solicitud de modificación de la Instrucción de Carácter General dictada por la H. Comisión Resolutiva por medio de su Resolución N° 634, de 5 de diciembre de 2001, modificada por las Resoluciones números. 638, de 16 de enero de 2002 y 729, de 12 de abril de 2004, presentada a fojas 05 por la Asociación Gremial de Laboratorios Farmacéuticos Chilenos A.G.

Notifíquese. Archívese en su oportunidad.

Rol C N° 114-06.

Pronunciada por los Ministros señores Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslav Depolo Razmilic y Sr. Tomás Menchaca Olivares.