

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA N° 51/2007.

Santiago, veintiséis de abril de dos mil siete.

VISTOS:

1.- Con fecha 18 de mayo de 2005, la Asociación de Químicos Farmacéuticos de Farmacias Independientes de Chile -en adelante, también, AFFI- interpuso una demanda en contra de Novasalud.com, Laboratorios Boehringer Ingelheim, Laboratorios Pfizer Chile, Laboratorios Novartis Chile, Corporación Farmacéutica Recalcine S.A., Laboratorio ITF Farma Chile S.A., Farmacias Ahumada S.A., Farmacias Salcobrand S.A., Sociedad Farmacéutica Cruz Verde Ltda., y ABF Administradora de Beneficios Farmacéuticos, por haber incurrido en prácticas atentatorias contra la libre competencia que describe.

1.1. Señala que Novasalud.com, a través de Pharmastore, ambas filiales de Recalcine, desde el año 2003 entrega a seleccionados médicos documentos que por sus elementos esenciales corresponden a recetas médicas, con el objeto de inducir la compra de determinados medicamentos de esos laboratorios en determinadas farmacias, bajo el incentivo de que el paciente recibe una unidad del mismo medicamento en forma gratuita, bajo ciertas condiciones.

1.2. Afirma que, por otra parte, los laboratorios Pfizer, Novartis y Boehringer Ingelheim han diseñado distintos talonarios, cuponeras e informativos de propaganda médica para ser entregados a seleccionados médicos, en promoción de determinados medicamentos con descuentos de entre un 30% y 50%, o la entrega de una dosis gratis, por compras en una o más de las cadenas de farmacias demandadas. Ello discriminaría a las farmacias independientes, excluyéndolas de este círculo vicioso que tiene por objeto producir los medicamentos, dirigir su prescripción, e incentivar su venta en farmacias específicas y seleccionadas.

1.3. Considera que estas conductas corresponden al tipo genérico establecido en el artículo 3 de la Ley N° 19.911, así como a las figuras particulares de las letras b) y c) de la misma norma.

1.4. Solicita en definitiva acoger esta demanda y poner remedio a las infracciones denunciadas, con expresa condena en costas.

2. Con fecha 16 de septiembre de 2005, a fojas 98, contesta la demanda Novartis Chile S.A., que estima que la denuncia carece de todo fundamento y de elementos objetivos que la respalden, por lo que solicita su completo rechazo.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.1. Se refiere a la estructura del mercado farmacéutico en Chile, diferenciando los segmentos de producción y comercialización de medicamentos. Respecto del primero, señala que la oferta se encuentra muy atomizada, ningún laboratorio tiene participación de mercado superior al 9%, por lo que no existen actores dominantes en el mismo. También a nivel de productos se aprecia una atomización, con múltiples medicamentos para el tratamiento de las distintas enfermedades, así como equivalentes farmacéuticos para determinados principios activos, productos genéricos y copias, que en la práctica constituyen sustitutos directos. Este mercado sería altamente competitivo, y Novartis tiene una participación en él de aproximadamente 3%.

2.2. En cuanto a la demanda, explica que en ese segmento se encuentran concentradas las grandes cadenas farmacéuticas, con un importante poder de compra y que constituyen el principal canal de distribución de medicamentos. Afirma que Novartis es un laboratorio de origen extranjero que no tiene participación directa o indirecta en la propiedad de ninguna farmacia o cadena de farmacias en el país.

2.3. Sostiene que ninguna farmacia o cadena de farmacias recibe descuentos o tratamientos especiales por parte de Novartis. Además, la demanda no especifica qué conductas se le imputan, a ella o a los otros laboratorios mencionados, sino que efectúa acusaciones genéricas sin que existan antecedentes que las respalden.

2.4. Señala que, de los documentos acompañados por la demandante, el único que se relaciona con Novartis corresponde a la ficha de inscripción del programa de beneficios a pacientes denominado "Viviendo Mejor", destinado a apoyar los tratamientos de largo plazo en los términos y condiciones indicadas por el médico tratante. Forman parte del programa los medicamentos destinados al tratamiento de enfermedades crónicas o semi-crónicas, respecto de los que se entregan ciertos descuentos sobre el precio de venta a público, la entrega de medicamentos gratis después de la compra de una determinada cantidad, u otros beneficios adicionales. En ese sentido, los destinatarios finales de dichos beneficios son los pacientes, no las farmacias o los médicos tratantes, y son de cuenta y cargo de Novartis.

2.5. La participación de los médicos en este programa consiste en seleccionar a los pacientes que cumplen las condiciones necesarias y entregarles la invitación para acceder a estos beneficios. Por otro lado, los canales de distribución proveen el servicio de registro y recopilación de datos que permiten, entre otros, asegurar que un médico registrado y de la especialidad correspondiente ha recetado el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tratamiento de largo plazo, y registrar fielmente la historia de compras del paciente, con el objeto de controlar adecuadamente la entrega de los beneficios.

2.6. Cita como ejemplos los programas de beneficios correspondientes a los medicamentos Tareg, Neo-Sintrom, Miacalcic, Tegretal, Trileptal, Exelon, Lamisil, Elidel, Synvisc, y Zelmac. La duración de estos programas es limitada, estableciéndose en forma clara la fecha de término en las invitaciones, y las que se encontraban vigentes al momento de la demanda terminaban, en general, el 31 de diciembre de 2006.

2.7. Señala que para que una farmacia participe en estos programas es indispensable que cuente con medios tecnológicos y personal adecuado para registrar los datos e historial de compra de los pacientes, logística y presencia para que el paciente pueda hacer efectivos los beneficios en diferentes puntos de venta, y respaldos que aseguren la recepción efectiva de éstos por parte del paciente. Por estos servicios, las farmacias reciben una comisión por transacción que no excede de 0,034 UF, lo que nada tiene de cuestionable desde la perspectiva de la libre competencia ya que corresponde a una retribución por servicios efectivamente prestados. Además, para reembolsar los medicamentos otorgados como beneficio según los programas, Novartis emite una nota de crédito a favor de cada farmacia por los medicamentos efectivamente entregados a los pacientes. No hay ningún otro pago o descuento adicional a los señalados.

2.8. Afirma que Novartis no discrimina a la farmacias independientes en cuanto al acceso a participar en estos programas, que mantiene en sus oficinas un modelo de contrato con la descripción clara y precisa de las condiciones técnicas que debe cumplir una farmacia que desee implementarlos, de manera tal que éstas sean públicas, transparentes y no discriminatorias, junto con su lista de precios y condiciones generales de comercialización. Dicho modelo de contrato no contiene ninguna cláusula que establezca limitaciones o beneficios de exclusividad de ningún tipo a favor de una determinada cadena de farmacias y, por último, nunca ha sido contactada por la demandante, la UNFACH, o alguna farmacia independiente interesada en participar en estos programas.

2.9. Respecto de la elección de los médicos que participan en los programas, sostiene que su interés es incluir a la mayor cantidad de médicos posibles, dado que de esa manera se asegura que el programa sea conocido por el mayor número de pacientes, y aunque no dispone de recursos para distribuir la información de sus programas a todos los médicos del país, dispone en sus oficinas de invitaciones para cualquier médico que lo requiera. Los médicos son seleccionados según su especialidad, las patologías más frecuentes que atiende y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

otros criterios objetivos y no discriminatorios, considerando especialmente a profesionales destacados y docentes.

2.10. En este aspecto, afirma que los médicos no reciben ningún beneficio o premio por entregar la inscripción del programa a sus pacientes, y queda a su discreción elegir a quiénes entrega ese beneficio, con la única condición que padezcan alguna de las enfermedades crónicas o semi-crónicas establecidas en el programa.

2.11. Analiza cada una de conductas mencionadas en la demanda, y sostiene que dichas eventuales e imprecisas imputaciones son falsas y no se ajustan a la realidad ni a las políticas comerciales de Novartis.

2.12. En definitiva, afirma que sus políticas de comercialización y el programa “Viviendo Mejor” se ajusta plenamente a la legislación de defensa de la competencia, y por tanto solicita rechazar en todas sus partes la demanda, por no ajustarse al mérito de los hechos y carecer de justificaciones de derecho, con severa condena en costas.

3. Con fecha 19 de octubre de 2005, a fojas 134, contesta la demanda Pfizer Chile S.A., indicando que la demanda le atribuye supuestas infracciones a la libre competencia por su programa VIAplus para el medicamento Viagra.

3.1. El referido programa consistía en un acuerdo con la Administradora de Beneficios Farmacéuticos S.A. (en adelante ABF, también demandada en autos), que finalizó el día 1 de julio de 2005, para implementar un sistema de apoyo al tratamiento médico, por el que los pacientes, seleccionados por sus médicos tratantes y registrados por ABF, recibían una unidad gratis a comprar el medicamento Viagra en Farmacias Ahumada. Esto permite disminuir el costo del tratamiento, que el médico se familiarice con el producto, desincentivar su sustitución por copias o similares, captación de clientes y aumento de ventas para Farmacias Ahumada, y para Pfizer llegar a mayor número de pacientes y alcanzar una cobertura a nivel nacional con la cadena de distribución de esa farmacia.

3.2. Estima que el acuerdo con ABF y Farmacias Ahumada no tuvo como objeto ni como consecuencia asignar zonas o cuotas de mercado como afirma la demandante, sino que sería un acuerdo vertical de duración limitada, y que no atenta contra la libre competencia.

3.3. Por otra parte, sostiene que ninguna de las farmacias miembros de AFFI solicitaron la implementación del programa VIAplus, por lo que no existe una discriminación en su perjuicio. Se refiere luego a las discriminaciones lícitas de precios, como sería este caso, pues corresponde a la aplicación de condiciones

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

diferentes a agentes que presentan características también diferentes y, además, se realiza sólo en forma esporádica, lo que ocurre en cualquier mercado activo, sano y competitivo.

3.4. Afirma que el mercado de medicamentos para disfunción eréctil es muy atomizado, y que ningún laboratorio tiene participación dominante en él, por lo que no es posible imputarle un abuso de posición dominante.

3.5. En definitiva solicita se rechace en todas sus partes la demanda de autos, con expresa condena en costas.

4. Con fecha 21 de octubre de 2005, a fojas 143, contesta la demanda Laboratorios ITF Farma Chile S.A., indicando que la demanda no indica ningún hecho o acto ejecutado por esa empresa.

4.1. No obstante, ITF Farma afirma que su participación en el mercado nacional de laboratorios es muy baja, siendo éste altamente competitivo y desconcentrado, con actores nacionales y extranjeros donde se refleja el nivel de competencia mundial. Por otra parte, el mercado de distribución de medicamentos está altamente concentrado, pero a causa de las condiciones locales y no es imputable a los laboratorios. Afirma, por último, que no tiene participación alguna en la propiedad de farmacias en el país.

4.2. Respecto de los medicamentos, la existencia de equivalentes farmacéuticos hace más transparente la competencia, ya que normalmente cada producto tiene versiones de distintos laboratorios, por lo que el consumidor tiene varias opciones respecto de un mismo principio activo. Señala que es relevante que sean los médicos los que definen los medicamentos y productos recetados a cada paciente; de ahí los esfuerzos de todos los laboratorios para que los médicos conozcan sus productos, por ejemplo con muestras médicas, lo que manifiesta la abierta y transparente competencia entre éstos, y afirma que jamás ha remunerado a los médicos por preferir sus productos.

4.3. Señala que diseñó una forma de promoción de seis productos específicos, Natecal, Natecal D, Ergonef, Dexelle, Dexelle Forte y Aplacid, la que estuvo abierta a todas las farmacias del país, que consiste en un descuento del 12% sobre el precio y un producto gratis por cada cuatro comprados, que se justificaría en los menores costos unitarios dado el aumento de la escala de productos finales. Esta promoción estuvo vigente hasta diciembre de 2004.

4.4. Esta promoción fue ofrecida por Salcobrand a sus clientes, pero pudo haber sido utilizada por cualquier otra farmacia que lo hubiera requerido, pues como laboratorio le conviene distribuir sus productos en la mayor cantidad posible de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

puntos de venta, y resultaría irracional restringirlo a sólo una cadena determinada. Afirma que ninguna otra farmacia se acercó para participar en este mecanismo de promociones, aún cuando no hay barreras ni exclusiones como artificiosamente aparecen en la demanda.

4.5. Sostiene que no conoce ni participa de otros acuerdos mencionados en la demanda, o entre laboratorios y cadenas de farmacias, ni algún otro tipo de acuerdo o concertación con el fin de atentar contra el libre comercio, pues es un mercado muy dinámico en cuanto a actores y productos. Por otra parte, afirma que la demanda no le atribuye hechos específicos, que es contrario a derecho presumir una responsabilidad infraccional a partir de hechos genéricos sin un sujeto pasivo determinado, pues sólo le corresponde responder por hechos propios. Imputar una concertación ilegítima requiere acreditar quiénes son los concertados, y respecto de qué productos, zonas o cuotas, lo que no contiene la demanda.

4.6. Describe las promociones como un mecanismo de marketing, rápidamente emulado por los competidores, lo que es normal en el funcionamiento de un mercado, pero de ello no puede concluirse que exista una concertación. Además no sólo benefician a los laboratorios, sino que también a los pacientes, que reciben los productos a un precio menor.

4.7. Concluye afirmando que no se ha concertado ni coludido para atentar contra la libre competencia, que es un participante menor en un mercado competitivo, que no ha acordado un reparto de cuotas o zonas, ni ha discriminado a otras cadenas de distribución, además de que la demanda no le imputa ningún hecho específico. En definitiva solicita rechazar en todas sus partes la demanda, y condenar en costas al demandante.

5. Con fecha 14 de noviembre de 2005, a fojas 173, contesta la demanda Farmacias Cruz Verde S.A., calificándola de infundada, improcedente, y con un contenido vago e impreciso, pues no contiene, a su juicio, una enunciación clara y precisa de los hechos y conductas imputadas ni de las peticiones que se someten a la decisión de este Tribunal, sin que se refiera a Cruz Verde más que para individualizarla como demandada.

5.1. Como primera alegación, plantea que la demanda sitúa temporalmente las conductas imputadas a partir del año 2003, siendo la demanda interpuesta en mayo del 2005, y el artículo 20 del D.L. N° 211 establece un plazo de prescripción de dos años contados desde la ejecución de la conducta atentatoria contra la libre competencia.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5.2. Plantea además la falta de legitimidad activa, pues la demandante se arroga la representación de los intereses de prácticamente todos los químicos farmacéuticos del país, excediendo los límites de la asociación gremial. Afirma además que Cruz Verde no es filial ni controlada por la demandada Recalcine, hecho público y notorio que refuta lo señalado por la actora.

5.3. Estima que el núcleo de la demanda es un cuestionamiento a un tipo de promoción desarrollada, legítimamente a su juicio, por los laboratorios demandados, y en las que Cruz Verde sólo actúa como medio para traspasar sus beneficios al público consumidor. Considera estas promociones como una herramienta competitiva legítima, conocida y aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, abierta y no excluyente para cualquier agente económico del mercado que esté dispuesto a asumir el costo de administración y cuente con los medios tecnológicos que lo hagan posible. Agrega que es relevante que no se indique ningún antecedente de un asociado de la demandante que no hubiese sido admitido a participar.

5.4. Estas promociones buscan posicionar determinados productos, por un periodo acotado de tiempo, en segmentos donde hay gran competencia, determinando libre y lícitamente sus precios de venta y descuentos en función de sus costos, economías de escala, eficiencias en la cadena logística y de administración, entre otros. Además, dichas promociones no tienen fuerza suficiente para alcanzar o mantener posiciones dominantes, pues su impacto, por definición, es de nicho, ya que son productos de fácil sustitución, con múltiples oferentes que compiten por precio sin ninguna restricción, y en un mercado fácilmente desafiado.

5.5. Considera que en el mercado relevante no existen trabas de hecho o de derecho que restrinjan el acceso a nuevos agentes económicos, que ninguno de los participantes tiene poder para fijar precios, y que se respeta la libertad para comerciar, sin que se haya cometido infracción alguna a la libre competencia.

5.6. Por otra parte, parece un contrasentido la imputación de concertación para asignar cuotas de mercado cuando, según los propios términos de la demanda, son los pacientes quienes eligen la farmacia en que comprarán y harán efectiva la promoción que se les ha ofrecido, sin que las demandadas puedan incidir en tal decisión.

5.7. Respecto del supuesto abuso de posición dominante, estima que es público y notorio que el mercado farmacéutico se caracteriza por una tremenda competencia, en el que ningún agente tiene posición dominante que le permita

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

actuar con prescindencia de los comportamientos de sus competidores y clientes, por lo que menos aún podrían haber abusado de él.

5.8. Asimismo, la imputación de conductas de precios predatorios no es sustentable dado que los programas de beneficios se basan en descuentos o en una dosis gratis de regalo.

5.9. En referencia a la acusación de competencia desleal, estima que no procede pues no ha incurrido en conductas contrarias a la buena fe o al leal y recto comportamiento entre competidores, pues este tipo de promociones se desarrollan por los laboratorios proveedores y en base a contratos abiertos a cualquier farmacia que desee participar.

5.10. En cuanto a las normas del D.L. 211 que estarían conculcadas según la demandante, sostiene que no concurre ninguna de las hipótesis de hecho del artículo 3º citadas en el libelo, y estima que deben rechazarse las imputaciones genéricas, sin referencia a actos o conductas concretas y determinadas para cada una de las demandadas, lo que en cualquier caso corresponderá al demandante acreditar.

5.11. En definitiva, solicita se rechace íntegramente la demanda conforme a las consideraciones, alegaciones, defensas y excepciones opuestas, con expresa condena en costas.

6. Con fecha 6 de enero de 2006, a fojas 245, contesta la demanda ABF Administradora de Beneficios Farmacéuticos S.A., sociedad cuyo objeto es la prestación de servicios de administración de beneficios farmacéuticos para terceras personas, y que no se dedica a la compra ni venta de medicamentos, ni otorga descuentos sobre los mismos. Indica que su actividad comercial se limita al control, seguimiento y entrega de información para la utilización de beneficios farmacéuticos que otras empresas otorgan a sus afiliados, clientes, beneficiarios o interesados, y no aplica ni efectúa ninguna condición de administración sin que quienes contratan sus servicios se lo indiquen.

6.1. ABF señala que existe una serie de empresas o instituciones que otorgan beneficios farmacéuticos -como los laboratorios, clínicas, Cajas de Compensación, Isapres, compañías de seguros, etc.- bajo alguna modalidad de descuento o reembolso por la adquisición en el tiempo de productos farmacéuticos. La labor de ABF consiste en administrar dichos beneficios, registrando la compra inicial o activación, el control de su cumplimiento para evitar malos usos por los beneficiarios, y el procesamiento y entrega de información a quien contrató sus servicios.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6.2. Afirma que la demanda no contiene referencia alguna respecto de ABF, ni puede presumirse cuál es la conducta que se le reprocha, ni aún haciéndole extensivas las imputaciones a los otros demandados, pues no participa ni de la producción ni de la venta de medicamentos, ni tampoco es filial o relacionada con la Corporación Farmacéutica Recalcine, lo que basta para que sea rechazada la demanda en su contra. En definitiva solicita se desestime en todas sus partes la demanda, con expresa condena en costas.

7. Con fecha 6 de enero de 2006, a fojas 257, contesta la demanda Farmacias Ahumada S.A. (en adelante FASA o Farmacias Ahumada), solicitando su rechazo por carecer de todo fundamento, y no contener una exposición clara de los hechos concretos y los productos farmacéuticos involucrados.

7.1. Señala que la demanda le imputa, como conductas contrarias a la libre competencia, una concertación para la asignación de zonas o cuotas de mercado, la explotación abusiva de una posición dominante, y prácticas predatorias con el objeto de mantener dicha posición dominante, pero no señala los hechos precisos que constituirían tales conductas, ni tampoco imputa concretamente a FASA alguna de éstas ni los actos que las configurarían.

7.2. Describe luego el procedimiento habitual de funcionamiento de los programas de beneficios que ha implementado con algunos laboratorios farmacéuticos para determinados productos, por lo general aquellos que requieren de un consumo prolongado en el tiempo, indicando que FASA no otorga los descuentos o beneficios de los programas, pues estos son de cargo del laboratorio que lo implementa, y tampoco administra o controla los programas, ya que es una función realizada por terceros contratados al efecto por cada laboratorio. Luego afirma que estos programas están abiertos para cualquier farmacia que cuente con el equipamiento informático requerido para la administración de los beneficios.

7.3. Estima que la demanda no contiene ninguna consideración o fundamento económico que permita determinar que las conductas descritas son constitutivas de infracciones a la libre competencia, que se trata sólo de promociones realizadas por los laboratorios y que no implica una determinación de precios, participaciones o cuotas de mercado. En definitiva solicita se rechace en todas sus partes la demanda, con expresa condena en costas.

8. Con fecha 19 de enero de 2006, a fojas 281, contesta la demanda Boehringer Ingelheim Limitada, la que considera absolutamente infundada.

8.1. Estima el laboratorio Boehringer que los antecedentes de hecho que fundarían la demanda son ambiguos, escasos, técnicamente imprecisos, no se

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

refieren concretamente a alguna conducta, promoción o producto específico, y podrían calificarse como abuso del derecho.

8.2. Describe el mercado farmacéutico, al que califica de acentuadamente competitivo entre laboratorios, tal como se concluyó en una investigación de la FNE en el año 1990, citando como características que favorecen la competencia el desarrollo de productos genéricos y estrategias agresivas de comercialización. Indica que es una actividad vastamente regulada y sujeta a la constante vigilancia de los organismos antimonopolio.

8.3. Afirma que precisamente a causa de esta regulación, la promoción de medicamentos debe hacerse directamente a los médicos, mediante visitas de representantes de los laboratorios en que se les da a conocer la existencia y fines terapéuticos de los distintos productos. Además, deben propender a que los medicamentos recetados no sean sustituidos en las farmacias por productos equivalentes o genéricos.

8.4. Señala que suscribió con ABF un convenio de prestación de servicios que permite monitorear a los pacientes a los que se les prescribió un determinado producto y su adquisición en una determinada farmacia, con un descuento o beneficio para el paciente de cargo del laboratorio y que se otorga a través de la farmacia. De esa manera se diseñó el programa de beneficios para los medicamentos Micardis y Micardis Plus, que tratan la hipertensión crónica, en que determinados médicos especialistas pueden –facultativamente y sin retribución alguna – dar a sus pacientes los cupones de descuento, lo que les permite reducir el costo de tratamiento y mantener el mismo medicamento durante todo el tratamiento. Con esos cupones o folletos de inscripción al programa, si el paciente adquiere los medicamentos en Farmacias Ahumada recibe los beneficios y descuentos acordados, como venta promocional, y tiene una duración determinada en el tiempo.

8.5. Indica que esta estrategia ha sido aplicada por varios laboratorios y con varias farmacias o cadenas de farmacias, sin que existan barreras para que algún agente, como la demandante, participe en esta forma de mercadeo. Estima que la concentración en el mercado de farmacias no es culpa de los agentes del mercado y menos de Boehringer, pues las farmacias independientes podrían constituir un poder comprador atractivo –que le permita acceder a los beneficios correspondientes – aunque ello requiere de un esfuerzo empresarial considerable.

8.6. Afirma que Boehringer no tiene intereses ni participación en ninguna farmacia o grupo distribuidor de productos farmacéuticos, y su participación en el mercado farmacéutico en ningún caso es dominante, a su parecer. Lo mismo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ocurre en el mercado específico de antihipertensivos, en el que desarrolla los programas de beneficios a los cuales se atribuirían eventuales conductas anticompetitivas.

8.7. En síntesis, sostiene que queda en evidencia que no ha celebrado acuerdos de precios ni de reparto de mercado con otros laboratorios, no ha negado la venta a ningún agente, ni ha fijado precios predatorios u otro tipo de conductas desleales o abusivas de ninguna naturaleza, y por tanto solicita se rechace en todas sus partes la demanda, con costas.

9. Con fecha 19 de enero de 2006, a fojas 298, contesta la demanda Novasalud.com S.A (en adelante Novasalud), farmacia orientada a pacientes crónicos que nace de la necesidad de poner a disposición de éstos, medicamentos de baja rotación que no siempre se encuentran en las farmacias establecidas, y los exponía al constante cambio o reemplazo de su medicamento sin la debida prescripción médica. En ese sentido, Novasalud.com implementó un convenio con el fin de garantizar la continuidad del tratamiento con el mismo medicamento.

9.1. Estima que la demanda contiene una serie de hechos, descritos genérica e indeterminadamente, que luego son calificados como infracciones al D.L. 211, sin que se explicita cuáles serían las acciones de concertación, quienes habrían participado, quiénes habrían abusado de su posición dominante, y en qué tipo de prácticas predatorias se habría incurrido.

9.2. Describe los tres mecanismos de beneficios implementados por Novasalud: i) descuento de 50% en la compra del segundo medicamento por la presentación del cupón correspondiente, sólo una vez por año; ii) descuentos contenidos en cupones entregados por los laboratorios a los médicos, respecto de determinados medicamentos; y iii) convenios suscritos con pacientes afectados por enfermedades crónicas. Cualquiera sea el mecanismo utilizado, el descuento o beneficio es de cargo del laboratorio que distribuye el medicamento.

9.3. Se refiere luego a su participación en el mercado de farmacias, afirmando que cuenta con sólo 7 locales en todo Chile, ostensiblemente menor a la participación de las grandes cadenas de farmacias, que en conjunto tienen un 93% de éste. De ello desprende que en ningún caso podría tener posición dominante, ni haber abusado de un poder que no posee.

9.4. Indica que el mercado de las farmacias no posee barreras a la entrada relevantes. Así se ha apreciado en los últimos años con el ingreso de nuevos agentes, como FarmaLider y Dr. Simi, y que si hubieran barreras, éstas no han sido establecidas por la demandada.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

9.5. Señala que los programas de beneficios no pueden ser calificados como prácticas predatorias de Novasalud, ya que éstos son de cargo de los laboratorios que los diseñan e implementan, y además no corresponden a precios finales inferiores al costo de provisión del medicamento.

9.6. Concluye afirmando que no existen conductas o hechos imputables a Novasalud que puedan ser calificados como infracciones al D.L. 211, por lo que solicita en definitiva se desestime la demanda con expresa condena en costas.

10. Con fecha 19 de enero de 2006, a fojas 307, contesta la demanda Laboratorios Recalcine S.A. (en adelante Recalcine), empresa que produce y comercializa medicamentos en Chile y otros países latinoamericanos, solicitando sea ésta rechazada en todas sus partes y se condene en costas al actor.

10.1. Recalcine sostiene que su participación en el mercado de laboratorios farmacéuticos es de 4,85% medido en unidades, y de 8,64% medido en valores, siendo un mercado atomizado y altamente competitivo, sin agentes dominantes.

10.2. Afirma que dada la normativa sobre comercialización de medicamentos, las farmacias son sus únicos clientes en el segmento de distribución, por lo que le interesa que sus productos sean vendidos por la mayor cantidad de establecimientos, sea que pertenezcan a cadenas o no, sin discriminar a ningún agente de dicho mercado.

10.3. Respecto de los programas de beneficios a médicos y pacientes que desarrolla, señala que corresponden a presentaciones de difusión al cuerpo médico (folletería, seminarios y congresos, Centro de Desarrollo e Información Farmacológica, muestras médicas), y cupones de descuento al inicio del tratamiento, denominado Programa Solidario de Apoyo Médico-Paciente en Tratamiento, a la que al parecer se referiría la demanda.

10.4. El programa indicado se extendió hasta el 31 de diciembre de 2005 y consistía en la entrega de cupones y credenciales de descuento a los médicos habilitados para prescribir determinados medicamentos, quienes a su vez se los entregan a los pacientes que ellos determinan, para la compra en las farmacias adscritas al programa, las que reciben, administran y envían la información a Recalcine. Para que una farmacia participe en el programa, requiere contar con la tecnología suficiente para manejar los datos de los pacientes, y suscribir un convenio que determina los derechos y obligaciones del laboratorio y la farmacia en la implementación del programa de beneficios. En él han participado varias farmacias competidoras entre sí.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

10.5. Describe el mecanismo de operación del programa, cuyos objetivos serían favorecer a pacientes de menores recursos bajo tratamientos de largo plazo, y fidelizarlos ante la común sustitución de medicamentos en farmacias.

10.6. Considera que los hechos en que se fundaría la demanda son ambiguos e indeterminados, sin que ésta exprese cuáles serían las acciones de concertación, entre quiénes se daría dicha concertación, quiénes tendrían posición dominante, y qué tipos de prácticas predatorias existirían, así como tampoco acota el mercado relevante.

10.7. Afirma que no es efectivo que exista una concertación entre los laboratorios, o entre éstos y las farmacias demandadas, que la estructura del mercado de laboratorios y la participación de Recalcine en éste, acreditarían que ésta empresa no posee posición de dominio, y por lo tanto no pudo haber abusado de ella, que es un mercado muy competitivo, que no hay barreras a la entrada atribuibles a Recalcine, y que ésta empresa no ha desarrollado conductas de precios predatorios. Por el contrario, sus conductas se enmarcan en la normativa vigente. En definitiva solicita se rechace la demanda con expresa condena en costas.

11. Con fecha 19 de enero de 2006, a fojas 327, contesta la demanda Salcobrand S.A., afirmando que el libelo no señala de manera clara e inteligible los hechos que configurarían las prácticas anticompetitivas, ni la participación que en ellos le habría cabido a esa empresa.

11.1. Sostiene que los programas de asistencia y apoyo a pacientes en tratamientos crónicos es perfectamente legítimo y competitivo, que corresponde a una práctica desarrollada por los laboratorios con el fin de crear identidad frente a los pacientes.

11.2. Estima que, al respecto, la demandante deberá acreditar una concertación entre todas las demandadas que haya tenido por objeto asignarse cuotas de mercado, que abusaron de su posición dominante, y que efectuaron prácticas predatorias.

11.3. Describe las fases de operación de estos programas de beneficio a los pacientes y su participación en ellos como canal de distribución. Afirma que los laboratorios que han implementado estos programas son los que determinan una serie de exigencias administrativas y comerciales indispensables para que una farmacia participe en ellos, que considera objetivas y no discriminatorias. Indica que Salcobrand no ha tenido ninguna ingerencia en su determinación, limitándose

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a cumplirlos y a operar los sistemas comercializando los productos correspondientes.

11.4. Asimismo, señala que este tipo de programas es una práctica comercial de usual aplicación, perfectamente lícita, implementada tanto por los laboratorios y farmacias demandados como por otros que no lo fueron. La inexistencia de acuerdos de exclusividad para la aplicación de los programas desvirtúa la hipótesis de colusión, pues las farmacias compiten entre sí para captar la compra en uno de sus locales, lo que es inconsistente con los supuestos de reparto de mercado.

11.5. Respecto del supuesto acuerdo colusorio imputado, señala que FarmaLider, un actor relevante en el mercado y que también mantiene en programas de apoyo a pacientes, no ha sido demandado como participante de esta colusión, lo que no tendría sentido, y por tanto acreditaría la inexistencia del alegado acuerdo. De la misma forma, la demandante ha omitido accionar en contra de los laboratorios Saval, Pasteur y Chile, entre otros, que también han desarrollado este tipo de programas.

11.6. Afirma que la gran mayoría de los programas de beneficios se extienden por lapsos determinados de tiempo, y que tienen un efecto beneficioso tanto respecto de la competencia como del ámbito público de la salud, pues incentivan tratamientos responsables, continuos y permanentes, con efectos positivos para los pacientes y para las políticas de salud en general.

11.7. Estima que el mercado relevante corresponde al de medicamentos comercializados en Chile, con una oferta amplia y completa, altamente elástica, de modo tal que los pacientes pueden optar, para el tratamiento de una misma patología, entre las distintas farmacias y, además, entre diversos medicamentos de distintos laboratorios en cada una de ellas, impidiendo cualquier tipo de práctica anticompetitiva por parte de los laboratorios.

11.8. Respecto del mercado de las farmacias en Chile, sostiene que es de público conocimiento que éstas compiten arduamente entre sí, de manera muy dinámica, y que se ha desarrollado en forma similar al de los supermercados y grandes tiendas, con innumerables beneficios para los consumidores.

11.9. Sostiene que ninguna farmacia tiene una posición dominante, ya que no existe ningún tipo de barrera a la entrada, lo que estaría demostrado por el exitoso ingreso de cadenas como FarmaLider y Dr. Simi, que en corto tiempo se han posicionado como agentes relevantes.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

11.10. En referencia a los actos de concertación imputados, que a su juicio consistirían en compartir, en forma exclusiva y excluyente, junto con otras cadenas de farmacias, la aplicación de programas de beneficios a pacientes implementados por algunos laboratorios, considera que no concurre ninguno de los supuestos de hecho establecidos en el artículo 3º del D.L. 211.

11.11. Sostiene igualmente que no tiene una posición dominante como se afirma en la demanda, dada la atonicidad del mercado de los laboratorios y que sólo cuenta con un 26% en el mercado de farmacias, resultando entonces imposible que se le atribuya abusar de un poder que no tiene. Considera relevante en este aspecto el hecho que las ventas de medicamentos por programas de beneficios representan menos del 1% del total de sus ventas anuales.

11.12. Acerca de las prácticas predatorias que se le imputarían, expresa que los beneficios involucrados en los programas a que hace referencia la demanda son delimitados en el tiempo y plenamente justificados en los descuentos por volumen a que accede el cliente.

11.13. En definitiva, afirma que su conducta se ajusta a los principios y normas que regulan la libre competencia, y solicita se rechace en todas sus partes la demanda, con expresa condena en costas.

12. A fojas 358, con fecha 12 de abril de 2006, el Tribunal recibe la causa a prueba y fija como hechos substanciales, pertinentes y controvertidos: la participación de mercado de las demandadas y la efectividad de detentar éstas una posición de dominio en el mercado respectivo.

13. A fojas 698 y 699, se hace parte como tercero coadyuvante la Unión de Dueños de Farmacias de Chile (UNFACH), que acompaña documentos en apoyo de lo planteado por la demandante.

14. Prueba documental rendida por la parte demandante:

14.1. A fojas 16, folletos de descuentos y beneficios de Novasalud.com, ITF Farma Chile S.A., Novartis y Recalcine, y fichas de incorporación a los programas de beneficios de ABF Chile y Viaplus de Pfizer.

14.2. A fojas 925, actas notariales.

14.3. A fojas 953, carta – oferta del Laboratorio Farmacéutico Wyeth para incorporarse a programa de promoción y bonificación.

14.4. A fojas 1.047, listas de precios de los Laboratorios Chemo Pharma y Sanitas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 14.5. A fojas 1.063, fotocopia de revista, y estudio de la Fiscalía Nacional Económica respecto del mercado farmacéutico.
15. Prueba documental rendida por la demandada Novartis:
- 15.1. A fojas 98, acta notarial de 15 de septiembre de 2005, que certifica la disponibilidad, en las oficinas de Novartis, de las condiciones para acceder al programa de apoyo al tratamiento médico “Viviendo mejor”; invitación, folletos informativos, credencial y CD de dicho programa.
- 15.2. A fojas 669, certificados emitidos por IMS Health Chile Ltda., de participación en el mercado farmacéutico chileno privado, cuadro de ventas por unidades, gráfico de evolución de participaciones de los 10 principales agentes y Novartis, en el mercado farmacéutico chileno, y CD informativo del programa “Viviendo Mejor”.
- 15.3. A fojas 708, declaración jurada de don Rodrigo Castillo Clario, Key Account Manager de IMS Health Chile Ltda., en que reconoce la firma de los certificados acompañados a fojas 669.
- 15.4. A fojas 1.008, copia de oficio de la Fiscalía Nacional Económica recibido por esta parte en que solicita antecedentes, copia de la carta de respuesta a dicho oficio, y copia de certificados emitidos por IMS Health Chile Ltda. que grafican participación de productos de Novartis.
- 15.5. A fojas 1.170, artículo titulado “El sistema de clasificación ATC de sustancias farmacéuticas para uso humano”, y fallos de la Comisión de Competencia de la Comunidad Europea en que se hace referencia a criterios para definir el mercado relevante respecto de productos farmacéuticos.
- 15.6. A fojas 1.296, publicaciones médicas que detallan los productos farmacéuticos existentes para el tratamiento de distintas enfermedades.
- 15.7. A fojas 1.307, acta notarial que certifica que las condiciones de acceso al programa “Viviendo mejor” está disponible en la página web www.novartis.cl, y copia de dicha página web.
16. Prueba documental rendida por la demandada Boehringer Ingelheim:
- 16.1. A fojas 281, folleto que da cuenta del programa Micardis, y propuesta de contrato de prestación de servicios con ABF.
- 16.2. A fojas 396, informes de IMS Health Chile Ltda., de participación en el mercado de laboratorios y en el de antihipertensivos, a febrero de 2006.
17. Prueba documental rendida por la demandada Salcobrand:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 17.1. A fojas 327, cupones relativos a los medicamentos “Trex” de Laboratorio Saval, “Diapam” de Laboratorio Pasteur, “Lodripres” de Laboratorio Chile, y “Lamisil” de Laboratorio Novartis.
- 17.2. A fojas 661, informe emitido por IMS Health Chile Ltda., que certifica la participación de mercado en unidades de Salcobrand en el mercado farmacéutico chileno, carpeta de presentación de la empresa IMS Health Chile Ltda., impresión de páginas web de dicha empresa.
18. Prueba documental rendida por la demandada Recalcine:
- 18.1. A fojas 378, certificado emitido por IMS Health Chile Ltda., de participación de Recalcine en el mercado farmacéutico chileno.
19. Prueba rendida por la demandada Novasalud:
- 19.1. A fojas 623, copia autorizada de la página web donde se indica la cantidad de locales con que cuenta, copia autorizada de las patentes municipales de dichos locales, e impresiones de páginas web donde se listan los locales de las cadenas farmacéuticas Farmacias Ahumada, FarmaLider, Salcobrand y Cruz Verde.
20. Prueba documental rendida por la demandada Pfizer:
- 20.1. A fojas 630, estudios de ventas (en valores y unidades) disfunción eréctil, emitido por IMS Health Chile Ltda..
- 20.2. A fojas 754, documento de IMS Health Chile Ltda. que contiene la participación de mercado de Pfizer en el mercado farmacéutico chileno.
21. Prueba documental rendida por el tercero coadyuvante UNFACH:
- 21.1. A fojas 699 y 772, presentación ante el Fiscal Nacional Económico
22. A fojas 677 y siguientes consta la absolución de posiciones de don Héctor Rojas Piccardo, representante de la Asociación de Químicos Farmacéuticos de Farmacias Independientes de Chile. Asimismo, absolvió posiciones los representantes de Novasalud.com (fojas 956), Farmacias Ahumada (fojas 965), Recalcine (fojas 970) y Novartis (fojas 976).
23. Declararon como testigos por la parte demandante doña Francia Fuenzalida Jaramillo, a fojas 712; doña Ana María Ladrón de Guevara Gonzalez, a fojas 714; don Raúl Vera Ibarra, a fojas 725; y don Miguel Hermosilla Fuenzalida, a fojas 729.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

24. Declararon como testigos por la parte demandada de Novartis don Juan Buchroithner Riedemann, a fojas 731; don José Manuel Cousiño Lagarrigue, a fojas 737.
25. A fojas 871 consta el Oficio Ord. N° 5.057 del Instituto de Salud Pública, de 21 de agosto de 2006, evacuando el informe técnico solicitado por el Tribunal respecto de los medicamentos sustitutos o similares.
26. A fojas 1.014 y 1.067, informa la Fiscalía Nacional Económica a solicitud del Tribunal, respecto de las participaciones de mercado de los distintos laboratorios para principios activos específicos y por clase terapéutica.
- 26.1. Informó también respecto del cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución N° 634 de la H. Comisión Resolutiva por parte de las demandadas. Sobre este último punto, afirma el Sr. Fiscal Nacional que “no consta antecedente alguno que acredite que las demandadas hayan puesto en conocimiento público, a la fecha de inicio del juicio, las condiciones de comercialización por ellas ofrecidas y que han sido objeto del proceso; exigencia que establece la Resolución N° 634 de la H. Comisión Resolutiva”.
27. Presentaron observaciones a la prueba Novartis, a fojas 885, y Pfizer, a fojas 1075.
28. A fojas 1.051, se fijó la fecha de la vista de la causa, la que se realizó en la audiencia de los días 28 y 29 de marzo del año 2007, alegando los apoderados de las partes.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

EN CUANTO A LAS OBJECIONES DE DOCUMENTOS:

Primero. Que, a fojas 173, Cruz Verde objetó los documentos acompañados en el primer otrosí de la demanda, por inexactos en el caso del signado con el número 1, y por falsedad, falta de integridad y de firma los signados con los números 2 a 7. Añade que, además, dichos documentos no se encontrarían agregados al proceso en forma legal;

Segundo. Que, en primer término, los documentos objetados se tuvieron por acompañados según lo dispuesto en el artículo 255 del Código de Procedimiento Civil, como consta de la resolución de fojas 24;

Tercero. Respecto del fondo de las objeciones formuladas, considerando lo expuesto y las disposiciones legales aplicables, este Tribunal las rechazará por

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cuanto los hechos en que se fundan no guardan relación alguna con las causales de impugnación invocadas, sino con su mérito probatorio. Lo anterior es sin perjuicio del valor que se asigne a esos documentos conforme a lo dispuesto en el inciso final del artículo 22 del Decreto Ley N° 211;

Cuarto. Que, a fojas 1.010, AFFI objeta documentos acompañados por Novartis, pero no indica a qué documentos precisos se refiere ni invoca causal alguna en sustento de su solicitud, por lo que será desechada esta objeción;

EN CUANTO A LAS TACHAS:

Quinto. Que, a fojas 732, la parte demandante, AFFI, formuló tacha respecto del testigo señor Juan Eduardo Buchroithner Riedemann, Director para el Cono Sur de la empresa IMS Health, presentado por la parte de Novartis, por la causa contemplada en el N° 4 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil. La demandante funda la tacha en que la mencionada compañía se dedica a realizar estudios referentes al mercado farmacéutico y prestaría, con habitualidad, servicios retribuidos a la parte que presenta al testigo;

Sexto. Asimismo, a fojas 738, la parte demandante formuló tacha respecto del testigo don José Manuel Cousiño Lagarrigue, dirigente de la Cámara de la Industria Farmacéutica, presentado por la parte de Novartis, por las causas contempladas en los números 4 y 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, en razón de que dicha parte sería socia o tendría una vinculación de similar naturaleza con la asociación gremial mencionada;

Séptimo. Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a las tachas invocadas, éstas serán rechazadas, por considerar este Tribunal que no se ha acreditado una relación de dependencia ni la existencia de un interés de parte de los testigos señores Buchroithner y Cousiño en los resultados del juicio. Lo anterior, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a la declaración de los testigos de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

EN CUANTO AL FONDO:

I. CUESTIÓN PREVIA.

Octavo. Que la demanda que dio origen a la presente causa acusa a cinco laboratorios farmacéuticos, cuatro cadenas de farmacias y una empresa

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

administradora de beneficios farmacéuticos, de cometer una serie de conductas que serían, a juicio de la demandante, atentatorias contra la libre competencia;

Noveno. Que los hechos denunciados corresponden a la entrega a médicos especialistas, por parte de los laboratorios farmacéuticos demandados, de cupones o tarjetas de descuento para la compra de determinados medicamentos en cadenas farmacéuticas asociadas al beneficio. Lo anterior importaría, en opinión de la demandante, excluir a las farmacias independientes de programas que tienen por objeto dirigir la prescripción de determinados medicamentos hacia aquellos producidos por los laboratorios demandados, e incentivar, al mismo tiempo, su venta en farmacias específicas. De acuerdo a la demandante, lo anterior correspondería a conductas tipificadas en las letras a), b) y c) del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, por lo que solicita poner remedio a las infracciones denunciadas;

Décimo. Que, sin embargo, la demanda no contiene suficientes antecedentes que permitan determinar todos los programas de beneficios que, en concepto de la actora, infringirían la libre competencia en el mercado farmacéutico. Por esta razón, este Tribunal se referirá sólo a los programas de que dan cuenta los documentos acompañados en dicha demanda;

Undécimo. Que, respecto de la alegación de prescripción planteada por Cruz Verde en su contestación a la demanda, ésta deberá ser desechada, ya que los programas de beneficios a que se refiere esta causa estuvieron vigentes dentro del periodo comprendido en los dos años anteriores a la demanda.

II. RESPECTO DE LA PARTICIPACIÓN DE MERCADO DE LOS LABORATORIOS DENUNCIADOS EN LOS MEDICAMENTOS OBJETO DE LAS PROMOCIONES.

Duodécimo. Que, a fojas 905, la demandante solicitó que se oficiase a la Fiscalía Nacional Económica para que ésta informara respecto de la participación de mercado de una lista de productos farmacéuticos, informe acompañado a los autos por dicho Servicio a fojas 1.014 y complementado a fojas 1.067;

Decimotercero. Que el informe de la Fiscalía Nacional Económica al que se hace referencia en el considerando anterior, no sólo se refiere a medicamentos que se encuentran dentro de los afectos a los programas de descuento señalados en los documentos acompañados a la demanda, sino también sobre otros que no constan en dichos documentos. Por ello, este Tribunal, teniendo presente lo sostenido en el considerando décimo, sólo analizará lo que dice relación con aquellos medicamentos que sí se encuentran dentro de dichos programas, y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

respecto de los cuales existe información de mercado en autos. A saber, estos medicamentos son: Micardis y Micardis Plus, de Boehringer Ingelheim; Dexelle y Dexelle Forte, de ITF Farma Chile, Elidel, Neo-Sintrom, Tareg, Tareg D, Trileptal, Viscotears, y Zelmac, de Novartis; Viagra, de Pfizer; y Colonaïd, de Recalcine;

Decimocuarto. Que, a partir de los antecedentes que obran en el proceso, y considerando la sustituibilidad de un medicamento por otro para el tratamiento de una enfermedad específica, se puede determinar la participación de los laboratorios denunciados en los distintos mercados delimitados en consideración al principio activo de cada medicamento. Si bien es posible delimitar estos mercados de una forma más amplia, a saber, incorporando todos los medicamentos que cumplen la misma finalidad terapéutica -sin que necesariamente contengan el mismo principio activo- esta definición no siempre es operativa, puesto que no es posible asegurar con plena certeza que sea factible sustituir un principio activo por otro en todos los casos. Como quiera que sea, no existe información suficiente en autos que permita definir un mercado relevante utilizando criterios distintos al principio activo de cada medicamento.

En los considerandos siguientes, se presenta la información disponible respecto de la participación de los laboratorios demandados en los mercados compuestos por el principio activo de cada uno de los medicamentos mencionados en el considerando duodécimo, respecto de aquellos medicamentos con registro sanitario para el mismo principio activo, según informara el Instituto de Salud Pública a fojas 871, y su participación en las ventas totales de medicamentos con dicho principio activo, de acuerdo a lo informado por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 1.014 y 1.067;

Decimoquinto. Que, de acuerdo a lo informado por el Instituto de Salud Pública a fojas 871, los registros sanitarios que tienen el mismo principio activo de los medicamentos Micardis y Micardis Plus, de Boehringer Ingelheim (Telmisartán), son Cordiax, Cordiax D y Cordiax D Forte, de Recalcine, y Samertan de Bagó.

Según lo informado por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 1.014, el laboratorio Boehringer Ingelheim tendría el 100% de la participación en el mercado de los medicamentos con principio activo Telmisartán, considerando que existen medicamentos registrados que no se comercializan en Chile;

Decimosexto. Que los medicamentos Dexelle y Dexelle Forte, de ITF Farma Chile, contienen el principio activo Dexibuprofeno. A fojas 871, el Instituto de Salud

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Pública informó que existen registros sanitarios de los medicamentos “Dexibuprofeno comprimidos recubiertos” de laboratorios Bagó, y “Dexnifen Comprimidos recubiertos” de laboratorios Recalcine, los que contienen dicho principio activo. A fojas 1.067, la Fiscalía Nacional Económica informa que sólo ITF Farma Chile comercializa en el país medicamentos cuyo principio activo es Dexibuprofeno;

Decimoséptimo. Que el medicamento Elidel, de Novartis, es el único medicamento que contiene el principio activo Pimecrolimús, por lo que tiene el 100% de dicho mercado, de acuerdo a lo informado por la FNE a fojas 1.014;

Decimooctavo. Que el medicamento Neo-Sintrom, de Novartis, contiene el principio activo Acenocumarol. A fojas 871, el Instituto de Salud Pública informó que existen registros sanitarios de los medicamentos “Acenocumarol comprimidos” de los laboratorios Bestpharma y Cencomex, “Coarol Comprimidos” de laboratorios Andrómaco, “Acenox Comprimidos” de laboratorio Pasteur, “Isquelium Comprimidos” de laboratorios Rider, y “Trombekan Comprimidos” de Sanitas, que contienen dicho principio activo.

La tabla 1 contiene la participación de mercado de Neo-Sintrom, de acuerdo a lo informado por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 1.014.

Tabla 1

Participación de mercado – Medicamentos con principio activo
ACENOCUMAROL

Producto	Laboratorio	% Ventas 2005	% Ventas 2006	% Unidades 2005	% Unidades 2006
Neo-Sintrom	Novartis	91%	92%	91%	92%
Coarcol	Andrómaco	5%	5%	5%	4%
Acenox	Pasteur	3%	3%	4%	3%
Isquelium	Rider	1%	1%	1%	1%

Fuente: Informe FNE, fojas 1.014 (en base a información de IMS Health Chile Ltda.)

Decimonoveno. Que los medicamentos Tareg y Tareg D, de Novartis, contienen el principio activo Vartalán. A fojas 871, el Instituto de Salud Pública informó que existen registros sanitarios de los medicamentos “Micten D” de Chemopharma, “Valaplex D” y “Valaplex D Forte” de Laboratorio Chile, “Vartalan D”, “Vartalan D plus” y “Vartalan D Forte” de laboratorios Lafi (distribuido por Recalcine, relacionado con Drugtech), y “Dosara D” y “Dosara D Forte” de laboratorios Andrómaco, que contienen dicho principio activo.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

La tabla 2 contiene la participación de mercado de Tareg y Tareg D, de acuerdo a lo informado por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 1.014.

Tabla 2

Participación de mercado – Medicamentos con principio activo VALSARTAN

Producto	Laboratorio	% Ventas 2005	% Ventas 2006	% Unidades 2005	% Unidades 2006
Tareg	Novartis	33%	34%	36%	35%
Tareg D	Novartis	59%	58%	53%	53%
Vartalan D	Drugtech	8%	8%	12%	12%

Fuente: Informe FNE, fojas 1.014 (en base a información de IMS Health Chile Ltda.)

Vigésimo. Que el principio activo del medicamento Trileptal, de Novartis, es oxcarbazepina. Si bien existen otros medicamentos con el mismo principio activo, como señalara el ISP, de acuerdo a lo informado por la Fiscalía Nacional Económica los únicos medicamentos con dicho principio activo que se comercializan en Chile son Trileptal y Oxycodal, de Drugtech.

La tabla 3 muestra la participación de mercado de dichos medicamentos.

Tabla 3

**Participación de mercado – Medicamentos con principio activo
OXCARBAZEPINA**

Producto	Laboratorio	% Ventas 2005	% Ventas 2006	% Unidades 2005	% Unidades 2006
Trileptal	Novartis	51%	66%	62%	65%
Oxycodal	Drugtech	49%	34%	38%	35%

Fuente: Informe FNE, fojas 1.014 (en base a información de IMS Health Chile Ltda.)

Vigésimo primero. Que el principio activo de Viscotears es ácido poliacrílico. De acuerdo a lo informado por la FNE a fojas 1.014, Viscotears es el único medicamento que contiene dicho principio activo, por lo que tiene una participación del 100% en dicho mercado;

Vigésimo segundo. Que Zelmac, de Novartis, y Colonaïd, de Recalcine, contienen el principio activo Tegaserod. De acuerdo a lo informado por la FNE a fojas 1.014, los otros medicamentos comercializados en Chile con el mismo principio activo son Distimax, de Medipharm; Tegasir, de Andrómaco; y Ther, de Laboratorio Chile.

La tabla 4 presenta la participación de mercado de dichos medicamentos.

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

Tabla 4

Participación de mercado – Medicamentos con principio activo TEGASEROD

Producto	Laboratorio	% Ventas 2005	% Ventas 2006	% Unidades 2005	% Unidades 2006
Zelmac	Novartis	78%	68%	74%	77%
Colonaïd	Recalcine	22%	22%	16%	15%
Distimax	Medipharm	-	-	-	-
Tegasir	Andrómaco	-	-	-	-
Ther	Chile	0%	10%	9%	8%

Fuente: Informe FNE, fojas 1.014 (en base a información de IMS Health Chile Ltda.)

Vigésimo tercero. Que Sildenafil es el principio activo del medicamento Viagra, de Pfizer. De acuerdo a información acompañada por Pfizer a fojas 630, existen 13 medicamentos en Chile con dicho principio activo.

En la tabla 5 se presenta la participación de mercado de dichos medicamentos.

Tabla 5

Participación de mercado – Medicamentos con principio activo SILDENAFIL

Producto	Laboratorio	% Ventas marzo 2005	% Ventas marzo 2006	% Unidades marzo 2005	% Unidades marzo 2006
LIFTER	Saval	28,0%	27,2%	26,2%	24,9%
SELER	Pasteur	23,5%	23,7%	23,7%	21,1%
VIAGRA	Pfizer	14,1%	10,5%	5,7%	4,1%
ALFIN	Sanitas	8,2%	10,1%	13,9%	17,3%
DIRTOP	Medipharm	8,2%	7,9%	7,3%	5,6%
SILDENAFIL	Genérico	2,3%	7,3%	1,7%	8,3%
RIPOL	Chile	5,3%	5,4%	6,7%	6,6%
HELPIN	Recalcine	4,4%	3,8%	6,9%	5,4%
FALOM	Intermedic	2,3%	1,3%	3,3%	2,2%
EROSFIL	Andrómaco	1,2%	1,2%	2,2%	2,3%
SIAFIL	Rider	0,6%	1,2%	0,8%	1,9%
HELPIN LIQ	Recalcine	1,9%	0,2%	1,6%	0,2%
NOVALIF	Pharmavita	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%

Fuente: elaborado en base a datos de IMS Health Chile, documentos acompañados por Pfizer a fojas 630

Vigésimo cuarto. Que, de la información presentada en los considerandos anteriores, se desprende que ni el laboratorio Pfizer con su medicamento Viagra, ni el laboratorio Recalcine con su producto Colonaïd, tienen una posición de dominio en los mercados de sus respectivos principios activos. La participación de mercado de Colonaïd no aumentó entre 2005 y 2006, y la participación de mercado de Viagra disminuyó entre marzo de 2005 y marzo de 2006. Dado que estas dos demandadas no detentan una posición de dominio, y no se acreditó

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ningún efecto de los programas de descuento sobre la participación de mercado de las mismas, este Tribunal desestimará las acusaciones en contra de estos laboratorios;

Vigésimo quinto. Que los medicamentos Micardis y Micardis Plus, de Boehringer Ingelheim; Dexelle y Dexelle Forte, de ITF Farma Chile, y los medicamentos Elidel, Neo-Sintrom, Tareg, Tareg D, Trileptal, Viscotears y Zelmac, de Novartis, presentan una participación de mercado superior al 50%, y en casi todos los casos, superior a 80%, en los mercados de los principios activos respectivos. Es posible considerar entonces, que estos tres laboratorios en principio poseerían una posición de dominio en dichos mercados, y por lo tanto serán analizados sus programas de beneficios en cuanto pudieren haber vulnerado la libre competencia;

III. RESPECTO DEL MERCADO CUYO FUNCIONAMIENTO PODRÍA HABER SIDO AFECTADO POR LAS CONDUCTAS IMPUTADAS

Vigésimo sexto. Que, sin perjuicio del análisis contenido en los considerandos precedentes, acerca de las participaciones de los laboratorios en los mercados de determinados medicamentos por ellos producidos, es importante determinar el mercado donde las conductas denunciadas en la demanda pudiesen haber tenido efectos dañinos para la competencia;

Vigésimo séptimo. Que, a este respecto, cabe señalar que este proceso fue iniciado, entre otras conductas, por una denuncia de discriminación realizada por la asociación que agrupa a las farmacias independientes, y no por alguno de los laboratorios competidores de aquellos que detentan una posición de dominio en alguno de los mercados descritos. Por ello el mercado al que este Tribunal circunscribirá el análisis para determinar la existencia o no de eventuales infracciones a la libre competencia, materia de este juicio, es el de la distribución minorista de los productos farmacéuticos que contengan cada uno de los principios activos mencionados;

Vigésimo octavo. Que, en particular, corresponde precisar si estos laboratorios pudieron haber utilizado abusivamente su poder en los respectivos mercados de producción de medicamentos, con el objeto de favorecer, en el mercado de distribución minorista de esos medicamentos, a las grandes cadenas de farmacias, en detrimento de las farmacias independientes. Adicionalmente, es necesario dilucidar si existe alguna explicación económica anticompetitiva de tal conducta como, por ejemplo, la existencia de intereses generados por algún nivel

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de integración vertical entre los laboratorios mencionados y las cadenas de farmacias incluidas en las promociones.

Una vez realizado el análisis descrito, será posible juzgar si ha existido, en los hechos denunciados, alguna infracción al Decreto Ley N° 211 que deba ser corregida y/o sancionada;

IV. RESPECTO DE LA EXISTENCIA DE INTEGRACIÓN VERTICAL ENTRE LABORATORIOS Y CADENAS DE FARMACIAS DEMANDADAS

Vigésimo noveno. Que, de acuerdo a lo planteado en la demanda, los laboratorios demandados habrían ignorado y discriminado a las farmacias independientes al diseñar los programas de descuento, las que no tendrían ninguna posibilidad de acceder a ellos. El principal incentivo que los laboratorios tendrían para realizar esta conducta correspondería a la existencia de relaciones de integración vertical entre dichos laboratorios y las cadenas de farmacias demandadas, quienes se verían beneficiadas con esta práctica;

Trigésimo. Que no ha sido acreditado de modo alguno en autos que Novartis, ITF Farma Chile o Boehringer Ingelheim tengan participación en la propiedad de farmacias o cadenas de farmacias en el país. Al ser este el caso, este Tribunal considera que no existen antecedentes para concluir que estos laboratorios tengan incentivos originados por integración vertical para favorecer a un tipo de distribuidores por sobre otro;

V. RESPECTO DE LA DISCRIMINACIÓN, POR PARTE DE LOS LABORATORIOS, A LAS FARMACIAS INDEPENDIENTES, DENUNCIADA EN LA DEMANDA.

Trigésimo primero. Que, para pronunciarse respecto de la imputación de discriminación en contra de las farmacias independientes, corresponde analizar las posibilidades de acceso, por parte de estas, a los programas de beneficios implementados por los laboratorios denunciados;

Trigésimo segundo. Que las demandadas han argumentado, tanto en autos como en estrados, que no existen barreras discriminatorias arbitrarias para que las farmacias agrupadas en la asociación demandante participen de los programas de beneficios diseñados por los laboratorios, en tanto cumplan con los requisitos técnicos definidos por cada uno de ellos;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Trigésimo tercero. Que, en particular, Novartis señala a fojas 98 que para que una farmacia participe de su programa “Viviendo Mejor”, sólo se requiere contar con el personal y medios tecnológicos aptos para registrar los datos e historial de compra de los pacientes, y para generar los respaldos que aseguren la recepción efectiva de los beneficios por parte del paciente;

Trigésimo cuarto. Que, por su parte, ITF Farma Chile señala a fojas 143 que sus descuentos son entregados a clientes finales a través de SalcoBrand, pero que cualquier otra farmacia que lo hubiera requerido podría haber hecho lo mismo, pues como laboratorio le conviene distribuir sus productos en la mayor cantidad posible de puntos de venta, y resultaría irracional restringirlo a sólo una cadena determinada. Afirma que ninguna otra farmacia solicitó participar en estos programas de beneficios, aún cuando no hay barreras ni exclusiones. La demandante no acreditó lo contrario en el proceso;

Trigésimo quinto. Que a fojas 281, Boehringer Ingelheim afirma que las farmacias independientes podrían consolidarse y constituir un poder comprador atractivo, que les permita acceder a los beneficios otorgados por los programas de descuento. Para lograr lo anterior, en opinión de esta demandada, tal vez se requeriría de un esfuerzo empresarial razonable;

Trigésimo sexto. Que, adicionalmente, las demandadas indican que las farmacias independientes nunca se han acercado a ellas para solicitar ser incluidos en los programas de descuentos, por lo que mal se podría hablar de discriminación. La demandante no probó lo contrario en el proceso;

Trigésimo séptimo. Que, entonces, el argumento en común de las defensas de las demandadas es que no existen ni han existido trabas ni exclusiones para que cualquier farmacia interesada participe de los programas de descuento, siempre y cuando cumpla con las condiciones informáticas y de personal fijadas por los laboratorios;

Trigésimo octavo. Que, en opinión de este Tribunal, no existe discriminación arbitraria si las condiciones para que una farmacia participe de los programas de beneficios son generales, uniformes, objetivas, razonablemente necesarias para cumplir con sus objetivos y se encuentran a disposición de quien las solicite;

Trigésimo noveno. Que, asimismo, no constituye infracción al Decreto Ley N° 211 el hecho que los laboratorios no hayan ofrecido explícitamente a las farmacias independientes formar parte de los programas de beneficios. Por lo demás, la demandante no ha acreditado de forma alguna que estas últimas hayan solicitado formalmente ser incluidas en dichos programas;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

VI. RESPECTO DE LA PARTICIPACIÓN DE LAS CADENAS DE FARMACIAS EN LOS HECHOS IMPUTADOS EN LA DEMANDA.

Cuadragésimo. Que, respecto de las cadenas farmacéuticas demandadas, Cruz Verde, Farmacias Ahumada, Salcobrand y Novasalud.com, éstas han negado expresamente haber participado en el diseño de los programas de beneficios materia de autos, y que sólo son los medios por los cuales los laboratorios traspasan los beneficios ofrecidos a los consumidores finales. Afirman que ninguna de las cadenas detenta poder de mercado en la venta de medicamentos a público final, que existe fuerte competencia en este mercado, y que no hay barreras a la entrada. La demandante no presentó en autos prueba en contrario.

Cuadragésimo primero. Que, no obstante lo anterior, tal como este Tribunal estableció en su Sentencia N° 24, atendido el volumen de compras que realizan las denominadas “cadenas de farmacias” (Cruz Verde, Farmacias Ahumada y Salcobrand), éstas constituyen canales de distribución difícilmente sustituibles y, por ende, gozan de poder de mercado al enfrentar las negociaciones con sus proveedores. Esta situación no es por sí misma contraria a la libre competencia; sin embargo, sí sería ilícito que una o más de éstas hubiese realizado prácticas que incidieran en el diseño de los programas de beneficios a pacientes de manera tal que se impida o dificulte la participación de otras farmacias, abusando de su poder de mercado respecto de uno o más laboratorios farmacéuticos. No se probó en autos ninguna conducta que significare un abuso de dicho poder de mercado en el sentido señalado, por lo que se esta acusación se desestimaré;

Cuadragésimo segundo. Que, finalmente, las cadenas de farmacias argumentan que la acusación de precios predatorios formulada por la demandante no tiene fundamento, pues el costo de los programas de descuento es de cargo del laboratorio respectivo. Las farmacias sólo recibirían una comisión por los servicios prestados al momento de activar las promociones (recolección, verificación y procesamiento de la información del paciente), la que correspondería a una legítima remuneración por dichos servicios. La demandante no aportó prueba en contrario, por lo que esta acusación no será acogida;

Cuadragésimo tercero. Que, considerando la defensa de las farmacias demandadas, y la falta de elementos aportados por la demandante para probar las acusaciones en contra de ellas, este Tribunal concluye que no se ha acreditado que Cruz Verde, Farmacias Ahumada, Salcobrand y Novasalud.com hayan

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

incurrido en actos contrarios a la libre competencia al participar como distribuidores en los programas de descuento denunciados;

Cuadragésimo cuarto. Que en lo que concierne a ABF, dado que la actora no formula una acusación específica en su respecto, y no se ha acreditado su participación en algún acto ilícito imputado a las demás demandadas, este Tribunal desestimaré la demanda en contra de esta empresa;

VII. RESPECTO DE LA ACUSACIÓN DE ACUERDOS ANTICOMPETITIVOS ENTRE LAS DEMANDADAS Y DE PRÁCTICAS PREDATORIAS Y DE COMPETENCIA DESLEAL DE LAS CADENAS DE FARMACIAS.

Cuadragésimo quinto. Que, respecto de las acusaciones de concertación para la asignación de cuotas de mercado entre los demandados, de prácticas predatorias y de competencia desleal por parte de las cadenas de farmacias, no existe en la demanda ninguna imputación de hechos específicos a ningún demandado en particular, ni se ha probado en autos hecho alguno que permita a este Tribunal formarse convicción acerca de la existencia de tales infracciones, por lo que estos sentenciadores también desecharán tales imputaciones;

VIII. CONSIDERACIONES FINALES.

Cuadragésimo sexto. Que, de acuerdo con todo lo razonado, no se ha acreditado en este proceso la existencia de las conductas imputadas a las demandadas. Eso incluye, como ya se ha dicho, la acusación de discriminación arbitraria por parte de los laboratorios denunciados en contra de las farmacias independientes agrupadas en la asociación demandante, en lo relativo a los programas de descuento;

Cuadragésimo séptimo. Que, no obstante ello, es importante eliminar obstáculos innecesarios a la competencia en un mercado que, como es público y notorio, muestra altos grados de concentración en nuestro país. Para ello, es deseable que los laboratorios garanticen la no discriminación arbitraria y la disponibilidad de información para todos los distribuidores minoristas. Con ese objeto, las condiciones impuestas a las farmacias para que accedan a los programas que ofrecen descuentos al público deben estar fácilmente disponibles para quienes las soliciten. Además, dichos programas deberían diseñarse de forma que sea posible acceder a ellos sólo dando cumplimiento a las exigencias administrativas, informáticas y de personal razonablemente necesarias para cumplir con sus

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

objetivos, evitando que dichas exigencias constituyan barreras artificiales que impidan el acceso de las farmacias independientes a los mismos;

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º y 26º del Decreto Ley N° 211, **SE RESUELVE**:

I.- EN CUANTO A LAS OBJECIONES DE DOCUMENTOS:

RECHAZAR las objeciones de documentos planteadas a fojas 173 y 1.010 por Cruz Verde y AFFI respectivamente, sin costas;

II.- EN CUANTO A LAS TACHAS:

RECHAZAR las tachas interpuestas por la demandante a fojas 732 y 738 respecto de los testigos Juan Eduardo Buchroithner Riedemann y José Manuel Cousiño Lagarrigue respectivamente, sin costas;

III.- EN CUANTO AL FONDO:

RECHAZAR en todas sus partes la demanda de la Asociación de Químicos Farmacéuticos de Farmacias Independientes de Chile interpuesta en contra de Novasalud.com, Laboratorios Boehringer Ingelheim, Laboratorios Pfizer Chile, Laboratorios Novartis Chile, Corporación Farmacéutica Recalcine S.A., Laboratorio ITF Farma Chile S.A., Farmacias Ahumada S.A., Farmacias Salcobrand S.A., Sociedad Farmacéutica Cruz Verde Ltda., y ABF Administradora de Beneficios Farmacéuticos rolante a fojas 16 y siguientes, sin costas.

Notifíquese y archívese en su oportunidad, transcríbese a la Fiscalía Nacional Económica.

Rol C N° 67-05

Pronunciada por los Ministros señores, Tomás Menchaca Olivares, Presidente Subrogante, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Julio Peña Torres y Sra. Blanca Palumbo Ossa. Autoriza, Alejandro Domic Seguich, Secretario Abogado Subrogante.